

LA RÈGLE

“Res inter alios acta”

et ses limites en droit moderne

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Juin 1934, à 14 heures

PAR

Mircea N. POPESCO

JURY... { *Président : M. HAMEL, professeur.*
 { *Suffragants.* MM. CAPITANT..... { *professeurs.*
 MOREL.....

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1934

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté entend ne donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces
opinions doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*

LA RÈGLE

“Res inter alios acta”

et ses limites en droit moderne

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Juin 1934, à 14 heures

PAR

Mircea N. POPESCO

JURY... { *Président* : M. HAMEL, *professeur*.
 { *Suffragants*. { MM. CAPITANT..... { *professeurs*.
 MOREL {

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1934

*33596



INTRODUCTION

« La vie n'est pas quelque chose de passif et pour ainsi dire de vide ¹. »

Elle est en pleine évolution et possède pour s'adapter aux progrès de tous les moments, à tous les stades de civilisation, une grande richesse de formes ². Mais cette évolution concerne non seulement la partie extérieure de la vie, ses formes ³, mais tous les éléments qui la composent, les hommes avec leurs caractères, et leurs idées de justice, d'équité, de morale, de droit etc...,

Ce changement dans la mentalité de l'homme apporte inévitablement une transformation dans la réglementation juridique qu'il s'est imposée, dans les règles qui déterminent ses droits et ses devoirs.

Celles-ci n'étant au fond que la représentation visible des besoins, de l'esprit, et de la conception dominante à un moment donné.

C'est une vérité qui depuis longtemps est confirmée par la réalité des faits.

Les règles du Code Napoléon qui se réfèrent à la famille, à la propriété, ont été, depuis longtemps, retouchées par le législateur et surtout par les tribunaux.

Au contraire, on a pris l'habitude de considérer la ma-

1. Perrier Ed., *Evolution de l'humanité*, Introduction, p. XII et XIII.

2. Descamp, *Le monde du droit, la gravitation juridique*, p. 8.

3. Bergson, *L'évolution créatrice*, p. 112.

tière des conventions, surtout le droit des obligations, comme la partie la plus immuable du Code civil ¹.

Les faits sont venus infirmer cette croyance. Ici, également, la nécessité et le progrès n'ont pas hésité à modeler, transformer et même écarter des principes bien établis, en dépit de toutes les mesures de sécurité, droit acquis, liberté et autonomie de la volonté.

C'est l'art. 1165 qui, par ces termes : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent et ne profitent pas aux tiers », limite la sphère juridique d'une convention. Cet article, inspiré incontestablement par l'idée de sécurité, fait l'objet d'incessantes modifications de la part du pouvoir judiciaire.

Chaque jour cette règle reçoit, par les décisions jurisprudentielles, une interprétation qui dépasse l'intention du législateur.

Il y a 26 ans, M. le professeur Demogue, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de Rennes, s'exprimait ainsi, à ce sujet :

« De plus en plus, on arrive à limiter ce principe étroit de l'art. 1165 et à ne le maintenir que dans une mesure restreinte, que je ne peux préciser, mais que j'indiquerai d'un mot, en disant que l'art. 1165 est appelé à assurer simplement la sphère d'activité d'autrui ². »

Nous trouvons que cette règle, dont l'origine se perd dans la nuit des temps, est non seulement limitée dans son application, mais est même appelée à disparaître. L'équité et l'utilité sociale servent de guide et de limite à cette interprétation libérale du juge.

Bien sûr, ceux qui restent attachés à l'idée que les

1. Savatier, « Vers la socialisation de la responsabilité », D. H. 1931, p. 9.

2. Demogue, *Revue trimestr. dr. civil*, 1907, p. 97.

règles de Droit ne peuvent et ne doivent pas être soumises à la loi naturelle de l'évolution, ceux qui ignorent que les principes de droit contiennent en eux une « secrète puissance d'action ¹ », cherchent à expliquer ces interprétations, comme étant conformes à la lettre et à l'esprit de l'art. 1165. Et, dans ce but, ils recourent « à des raisons alambiquées et à des fictions ² ».

Nous étudierons cette règle, dans la nouvelle forme que les pouvoirs judiciaires lui ont aujourd'hui apportée. Nous voulons voir ses limites et sa portée dans notre époque de grande transformation sociale.

Dans ce but, nous diviserons notre travail de la manière suivante :

I. Dans une première partie, nous insisterons sur :

a) La sphère d'applicabilité de notre règle. Est-elle applicable aux seules conventions créatrices de droits personnels, ou bien même aux conventions productrices et translatives de droits réels ?

b) La notion de tiers. Quelles sont les personnes que ce terme sert à représenter ?

c) La traduction du contenu de ce principe : 1° « n'ont d'effet » ; 2° « ne nuit et ne profite ».

II. Dans une deuxième partie nous suivrons dans diverses matières et à diverses époques, depuis la date de 1804, l'interprétation donnée par la jurisprudence à notre principe et, par là, les modifications que le juge, sous la pression du progrès et des besoins, a été forcé de lui apporter.

1. Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 28.

2. Julliot de la Morandière, *L'ordre public, Répétitions écrites*. 1931, p. 69.

De cette manière, nous arriverons, d'une façon précise, à voir :

a) Ce qui nous reste de cette règle, que le législateur de 1804 a édictée par imitation du passé et dans un moment d'enthousiasme pour l'individu et sa liberté ;

b) Ensuite, que la loi varie, quelle est, comme la beauté, « sujette à vieillir, ».

1. Dareau François, 1736-1783.

PREMIÈRE PARTIE

Considérations générales sur la règle « *Res inter alios acta* », en droit moderne

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES DE L'ARTICLE 1165, SA PORTEE ET LES DIFFICULTES AUXQUELLES ON SE HEURTE DES QU'ON VEUT PRECISER LE SENS DE CE PRINCIPE.

Le texte de l'art. 1165 n'est, d'une manière générale, qu'une transcription du vieux brocard romain « *Res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest* » ; une traduction sous certaines réserves et dans le langage juridique du XIX^e siècle de cette vieille maxime romaine.

C'est une de ces multiples règles qui sont arrivées jusqu'à nous, car le droit romain peut être considéré à juste titre comme la véritable source de la législation moderne.

Les institutions juridiques comme les lois romaines se sont perpétuées à travers les siècles et avec une certaine modification ou une adaptation aux nécessités réelles de la vie sociale, dans le but de correspondre mieux au progrès, et elles continuent à régir encore la vie juridique actuelle.

L'hommage ou l'admiration qu'on doit adresser à l'esprit des grands juristes, qu'ont été les Romains, ne pourraient se traduire en quelques mots.

Et d'ailleurs, la consécration de leurs principes juridiques par le législateur moderne n'est-elle pas la plus grande preuve de leur génie, de leur logique, qui rende inutile d'insister sur le grand rôle que le législateur et le jurisconsulte romain ont joué et jouent encore dans le monde civilisé?

Leur œuvre est immortelle, et leurs principes séculaires n'ont pas péri, « car nulle chose grande ne saurait périr en ce monde, lors même qu'elle semble disparaître. C'est comme la plante qui ne meurt qu'après avoir laissé tomber sur le sol un grain de semence, dont elle sortira en son temps, parée d'une jeunesse nouvelle, lorsque le soleil du printemps aura réveillé le germe ¹. »

La vieille règle romaine *Res inter alios acta*, considérée comme tirée de la rubrique d'un titre du Code (LVII T 60) ², se trouve dans plusieurs textes.

Ainsi : C pr. LL 2 et 4 C, 7, 56, *Quibus res judicata, non nocet*, v. *in fine* Cod. 4. 12. *Ne uxor pro mariti...* etc. *Certissimum est, ex alterius contractu, neminem obligari. Imperatores Antonius et Verus, ita rescripserunt, privatis pactionibus, non dubium est, non laedi jus ceterorum* (L 3 *in princip.*).

A la base de ce vieux principe réside la même conception qu'on trouve aujourd'hui. La personnalité du consentement, comme sa force obligatoire. Le consentement est personnel, et il est lié à sa mère — si l'on peut

1. Ihering, *Etude complémentaire de l'esprit du droit romain*, tr. de Muele-naere, t. I, p. 13.

2. Debrand, *Res inter alios acta*, thèse, p. 14, note 1.

l'appeler ainsi — qui est la volonté. Et comme le consentement est attaché à la personne qui le donne¹ il résulte que toute convention, *Duorum plurium in idem placitum et consensus*, dans la formation de laquelle une personne n'est pas intervenue, à laquelle elle n'a pas consenti et à laquelle sa volonté n'a pas pris part n'a pas force obligatoire pour elle.

C'est le consentement qui rend efficace une convention, c'est ainsi lui qui lui donne naissance, et du moment qu'il manque, il n'y a pas de rapport obligatoire.

C'est une suite de la conception que les juristes romains se faisaient sous l'influence des doctrines aristotéliennes et stoïciennes, de la volonté humaine, comme de sa liberté.

Toutes les institutions et règles juridiques des Romains sont, d'ailleurs, pénétrées de cet esprit libéral et ont le but d'édifier et d'instituer le principe de la plus complète liberté dans les rapports juridiques.

Enfin, ce principe traverse l'ancien droit, et on le trouve chez Pothier, dans la formule, « qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention et seulement entre les parties contractantes ».

Animad verendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona nocea. » (L. 27 § 4 ff, de Pactis).

Pothier, auquel le législateur de 1804 l'emprunte, l'explique comme une règle de bon sens, pour les mêmes raisons que nous avons vu dans le droit romain, dans les termes suivants :

1. Bartin, *Etude sur la règle res inter alios acta*, thèse Paris, 1885, p. 6.
2. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. II, n° 85, p. 46.

« La raison de ce principe est évidente, l'obligation qui naît des conventions et le droit qui en résulte, étant formées par le consentement et le concours de volonté des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner de droit à un tiers, dont la volonté n'a pas concouru à la formation de la convention ¹. »

Les rédacteurs du Code civil, imbus du principe révolutionnaire de la plus grande liberté, sous l'influence du principe de l'autonomie de la volonté, dont la naissance coïncide avec l'apparition de la déclaration des Droits de l'homme, et dont on ne peut mieux caractériser l'esprit qu'en rappelant la remarquable définition que M. Beudant donne du droit — définition qui correspond admirablement à la conception de 1804. « Le droit c'est la science de la liberté, l'harmonie des libertés ². » Ces rédacteurs adoptent et consacrent dans les termes de l'art. 1165 cette règle plusieurs fois séculaire, en lui apportant toutefois une dérogation formelle — c'est le cas prévu par l'art. 1121, C. c.

Cette règle concernant la relativité des conventions, ne fait — en outre — que préciser et accentuer les dispositions générales de l'art. 1134, qui est la base fondamentale dans la matière des conventions, en droit privé, que les conventions légales tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites — principe qui du reste a été emprunté à Domat : *Hoc servabitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit* (L. 23 ff. de reg. jur.).

Une analyse élémentaire de l'art. 1165 prouve qu'il n'est qu'une application de l'art. 1134.

1. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. II, n° 87, p. 46.

2. Charles Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 5.

Nous trouvons exposés ici, deux principes apparentés mais tout de même distincts ¹.

a) Premièrement, le principe de la liberté des conventions.

b) Deuxièmement, la force des rapports résultant d'une convention conclue, le respect des engagements pris et leur force obligatoire.

Le législateur a trouvé logique qu'une fois la convention formée, et du moment que les parties ont exprimé leur volonté sur un objet, ce contrat mérite d'être sanctionné. Il s'impose, lie les parties contractantes ; il a même la force d'une véritable loi.

Donc, libre de contracter ou de ne pas contracter, du moment qu'une personne est entrée dans un rapport juridique, elle est obligée de s'y soumettre.

Mais cette « force obligatoire », cette valeur de véritable loi, que présente la convention, est limitée aux seules parties contractantes. C'est donc pour mettre en relief le principe que les conventions sont relatives, au point de vue de leurs effets, que l'art. 1165 le reprend et le précise, en disant *in fine* « que les conventions ne nuisent et ne profitent pas aux tiers ».

Enfin cette règle est, en outre, l'application, et la conséquence immédiate des articles qui la précèdent, art. 1119, 1120 et 1121 ².

Après cette sommaire étude d'ensemble, et à première vue, elle apparaît comme un principe de bon sens, de toute évidence, indiscutable par sa conformité aux grands principes de liberté, de volonté, et de logique.

1 Henry de Page, *De l'interprétation des lois*, t. 2, p. 182.

2. Charles Beudant, *Cours de droit civil français*, t. III (Les contrats), p. 574.

Mais dès qu'on essaie de préciser son sens, on se rend compte des nombreuses difficultés qui surgissent.

1° Difficulté quant à la sphère d'application.

2° Difficulté quant à l'interprétation de cette notion peu intelligible de « tiers ».

3° Difficulté quant à la signification des termes : « Ne nuisent et ne profitent pas. »

CHAPITRE II

LA SPHERE D'APPLICABILITE DE L'ART. 1165

- a) *Théorie classique*. Critique.
- b) *Conception unitaire* :
 - 1° Thèse personnaliste. Critique.
 - 2° Thèse patrimonialiste. Critique.
- c) *Opinion jurisprudentielle*. Critique.
- d) *Conclusion*.

En ce qui concerne la sphère d'applicabilité de l'art. 1165, il existe une très grande incertitude et beaucoup de controverses.

On a soutenu que la règle qui traduit l'effet relatif des conventions n'a pas une application générale et que son domaine est réservé aux seules conventions productives d'obligations et ne s'étend pas aux conventions créatrices ou translatives des droits réels.

L'argument décisif sur lequel s'appuie cette thèse, c'est que les droits réels ont, par leur nature même, un effet absolu — *erga omnes* — et les soumettre à ce principe serait restreindre leurs effets aux seules parties contractantes ; en un mot ce serait supprimer l'existence de ces droits¹.

Et d'ailleurs on invoque que les conventions qui peuvent produire et transférer les droits de propriété ou au-

1. Delcourt, *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse, Paris, 1902, p. II.

tres droits réels sont réglées d'après d'autres principes, notamment d'après le brocard « *Nemo plus juris ad alium transfere potest, quam ipse habet* », et d'après les termes de l'art. 1138. Ce dernier article détermine l'effet des conventions à l'égard des tiers, quand il s'agit de transfert de droit réel¹.

Pour apprécier cette opinion et pour nous prononcer sur la solidité de ses arguments, nous sommes obligés d'aborder au préalable la question si délicate et si discutée de la différence entre un droit réel et un droit personnel et d'examiner en quoi consiste cette distinction, notamment, envisagée sous le rapport de l'effet.

a) THÉORIE CLASSIQUE.

Nous commencerons par la doctrine classique, en envisageant sa conception dualiste de la question, puis notre examen se poursuivra par l'analyse et la critique de la conception contraire — aussi nommée conception unitaire — représentée par deux variantes, tout à fait opposées, mais dont le but commun et principal est de détruire la vieille distinction entre droit réel et personnel.

Enfin nous montrerons — avec quelques réserves — notre adhésion à la conception classique — conception dualiste.

D'après la doctrine classique, la distinction entre droit réel et droit personnel (ou mieux, droit de créance) est une vérité d'évidence et repose sur la nature des droits eux-mêmes

1. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 25, liv. III, ch. III, § 45.

La première raison consiste dans le fait qu'à Rome cette distinction avait été profondément comprise. Elle se développait dans la législation tout entière et formait un vaste système établi selon un raisonnement d'une logique rigoureuse.

a) Le droit de propriété s'établissait par des modes spéciaux d'acquisition, tels que la mancipation, la *cessio in jure*, l'*usucapio* et la *traditio*.

Au contraire, le droit de créance s'établissait d'une manière tout à fait différente par le contrat, délit et certains faits, qui, par suite des lois spéciales ou d'innovations prétoriennes, engendraient aussi des obligations. C'était un principe bien défini que les conventions n'avaient pas pour effet de transférer la propriété.

b) Ensuite, le droit de propriété et le droit de créance se distinguaient encore à un autre point de vue. Le droit de propriété consistait dans un rapport entre une personne et une chose, et le propriétaire pouvait le transférer à une autre personne. Donc, ce droit était translatif. Le droit de créance — par opposition — était un rapport établi entre deux personnes, les jurisconsultes romains avaient conclu que le créancier ne pouvait transmettre son droit de créance à une autre personne.

Il existait d'ailleurs un moyen indirect, innové par la nécessité. Le créancier donnait à celui auquel il voulait transmettre son droit, mandat de poursuivre le débiteur, donc le cessionnaire ne le poursuivait pas en son nom.

c) Enfin, à Rome, le droit de propriété était garanti par une *actio in rem*, tandis que le droit de créance était garanti par une *actio in personam*.

Cette différence entre droits réels et personnels a été

gardée dans l'ancien droit et domine aussi aujourd'hui, disent les auteurs qui se rattachent à la doctrine classique. On peut envisager actuellement cette distinction de plusieurs points de vue :

1° Quant aux éléments constitutifs : A) Dans le droit réel, il y a toujours deux éléments : a) une personne titulaire du droit, sujet actif, par exemple le propriétaire dans le droit de propriété, et b) une chose, objet du droit. Donc, pas d'intermédiaire. Le titulaire peut retirer de la chose sur laquelle porte son droit directement sans avoir besoin d'une personne interposée — intermédiaire¹. On appelle ce droit *jus in rem*.

B) Par contre, dans le droit de créance, nous trouvons trois éléments : a) un sujet actif, appelé d'habitude créancier, *creditor*, parce qu'il a eu confiance, il a fait crédit — *credidit*², et, d'ailleurs, d'ici vient le nom de droits de créances; b) un sujet passif, débiteur, *débitor*, *is qui debet*, et qui doit procurer au *créancier* la prestation de son droit, et c) l'objet du droit, qui consiste soit dans un fait positif, soit dans une abstention. Voilà, donc, que dans le droit personnel les choses sont plus compliquées par l'apparition d'une autre personne, intercalée entre le titulaire du droit et l'objet. Cet intermédiaire c'est le débiteur. Ce dernier droit — droit de créance — est appelé *jus in personam*, et Pothier l'appelait « le droit que nous avons par rapport à une chose, à la différence du droit réel, qui est le droit que nous avons dans la chose ».

2° Une seconde différence concerne l'objet du droit :

1. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. VI, p. 6.

2. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. VI, p. 5.

a) Le droit réel a toujours comme objet une chose et une chose bien déterminée;

b) Le droit personnel a, comme objet, un fait ou une abstention de la part du débiteur. L'objet de ce dernier droit n'a pas besoin d'être déterminé dans son individualité, seulement dans son espèce;

3° D'autres distinctions se réfèrent à l'effet de ces droits :

a) Le droit réel consistant dans les relations de l'homme avec la chose elle-même, est opposable et s'impose à tout le monde — *erga omnes*; il a un effet absolu. Chacun est tenu de s'abstenir de tout acte qui pourrait entraver l'exercice de ce droit ;

b) Au contraire, le droit personnel est relatif. Il se présente comme un rapport entre le titulaire et une personne déterminée. Dans ce dernier, une seule personne — le débiteur — est obligée d'exécuter la prestation convenue — positive ou négative. Mais ici l'obligation du sujet passif a une valeur pécuniaire et figure en même temps dans deux patrimoines. Le droit de créance fait partie de l'actif du créancier, avec une valeur positive, et il a comme correspondant une dette, qui fait partie du passif du débiteur.

Nous ne pouvons passer sans dire qu'en ce qui concerne cette distinction, l'entente n'était pas générale¹ et que M. Demolombe, dans son traité de Droit civil, après avoir nommé le droit réel, une relation directe et immédiate entre la personne et la chose, s'exprime ainsi : « On a ajouté souvent que le droit réel est absolu, c'est-à-dire

1. M. Demolombe, *op. cit.*, t. IX, n° 464, p. 34. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique du droit civil*, 3^e éd., t. VI, p. 7, n° 3.

qu'il existe à l'égard de tous, *erga omnes*, et le droit personnel est relatif ».

« En quel sens est-il vrai de dire que le droit réel est absolu et le droit personnel relatif? C'est que, précisément, la différence réside dans les différentes conditions constitutives de leur existence même¹. C'est que le droit réel existe indépendamment de toute obligation spéciale d'une personne envers une autre, tandis que le droit personnel n'existe qu'autant qu'une personne est spécialement obligée envers une autre... Il ne s'agit pas de cette obligation universelle et presque banale, par laquelle tous les membres de l'Etat sont tenus de ne pas attenter aux droits d'autrui, il s'agit d'une obligation spéciale et particulière, par laquelle une personne déterminée est tenue envers une autre, obligation qui est constitutive de l'existence même du droit. »

4° De cette dernière différence en découlent d'autres quant à la garantie de ces droits et quant à leurs avantages.

A. *La garantie*. — a) Les droits réels sont protégés par les actions réelles. Cette sanction du droit réel qu'est l'action réelle est donnée *adversum quemcumque possessorem* — donc contre le premier venu — qui empêche l'exercice du droit¹ et qui, forcément, ne peut être connu à l'avance;

b) La sanction des droits personnels est formée par les actions personnelles qui ne peuvent être intentées que contre une personne, d'ailleurs connue d'avance, et

1. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, p. 355, n° 464.

qui n'est autre que le débiteur. C'est une action qu'on appelle, d'une expression latine, *in personam*¹.

B. *Les avantages.* — a) De ce caractère absolu, résulte également pour le droit réel une double prérogative : a) droit de suite et b) droit de préférence. Le droit de suite c'est le droit de suivre la chose entre les mains de toutes personnes qui la détiennent, car elles sont obligées de respecter le droit réel qui existait sur la chose à l'époque de leur acquisition conformément à l'adage *prior tempore, potior jure*;

b) Au contraire, pour le droit personnel, il n'y a ni le droit de suite et ni même le droit de préférence. Le droit personnel ne porte pas sur une chose individuellement déterminée et le gage du créateur, créancier, ne porte pas sur des objets déterminés, mais sur le patrimoine même. Il a eu confiance en son débiteur, il doit en subir les conséquences. Tous les actes de transformation du patrimoine de son débiteur lui sont *opposables en ce sens que son gage peut diminuer et même disparaître*.

b) CONCEPTION UNITAIRE.

Mais cette conception claire — sinon juste — de la théorie classique a été menacée dans son existence, et sa base logique a été contestée par l'apparition d'une nouvelle théorie qui prétend réduire à néant les soi-disant différences concernant la division des droits, en droit réel et droit personnel.

Cette nouvelle thèse, appelée unitaire, en raison de sa

1. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., t. VI, p. 7 et 8.

conception, comprend d'ailleurs deux variantes, diamétralement opposées, l'une étant à l'antipode de l'autre.

1° *Thèse personnaliste.*

La première, celle qui considère le droit réel, comme une obligation passivement universelle, a été illustrée par des célèbres jurisconsultes, professeurs à la Faculté de droit de Paris, M. Planiol et M. Demogue. Elle a été adoptée, avec certaines modifications de détails, par d'autres juristes, qui l'ont défendue avec talent, dans leurs thèses de doctorat, mais celui qui peut être considéré comme le véritable auteur de cette théorie, celui qui lui a donné un éclatant succès, c'est M. le professeur Planiol.

Cette thèse s'appuie, généralement, sur l'idée que tout droit ne peut être qu'un rapport entre les hommes.

Les droits réels, comme les droits de créances, sont des relations entre les hommes, résultant tous des conventions intervenues entre les individus.

Un droit réel, donc, ne peut être conçu comme un rapport entre un homme et une chose.

Il n'y a pas de distinction possible, en ce qui concerne la nature, entre les deux sortes de droits. Les différences qui peuvent exister concernent a) le sujet passif et b) la détermination de l'objet.

a) Dans une obligation passivement universelle, comme son nom le dit, le sujet passif est formé par une pluralité des personnes.

« Le droit réel est un rapport juridique entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs. Ce rapport est d'ordre obligatoire, c'est-à-

dire qu'il a la même nature que les obligations proprement dites.»

Ainsi, dans le droit réel, le sujet passif est universel, formé par la totalité des individus — exceptés les sujets actifs. Au contraire, dans le droit personnel, simple obligation, le sujet passif est limité et déterminé strictement et à l'avance.

C'est de cette différence que découle la dénomination de droits absolus et relatifs.

b) Une autre différence existe, quant à la structure même de l'objet. Dans une obligation restreinte, l'objet consiste dans un fait positif ou une abstention de la part du débiteur envers le créancier.

L'obligation à pluralité d'obligés, au contraire, ne peut imposer — c'est la conception de M. Planiol seul, car il est désavoué sur ce point par ses partisans — qu'une simple abstention, en d'autres termes, les obligés, ici, doivent seulement s'abstenir de faire quelque chose qui puisse nuire à la personne investie activement du droit.

« Et même, poursuit-il, dans l'hypothèse où le droit de créance impose au débiteur une abstention, cette abstention diffère sensiblement par sa nature et par sa manifestation, de celle qu'on trouve au droit réel. »

« L'abstention imposée par l'existence du droit réel ne domine en rien les facultés naturelles ou légales des autres personnes, on leur demande seulement de ne pas nuire au titulaire du droit. »

« Au contraire, l'abstention qui fait l'objet d'un droit de créance, quand l'obligation est de ne pas faire, domine sur un point particulier les facultés légales du débiteur, son obligation l'empêche de faire une chose qui lui serait permise d'après le droit commun¹. »

1. Planiol, t. I, 2^e édit., n° 2163.

Plus loin, M. Planiol, dans l'exposé de sa doctrine, nous enseigne un autre caractère différentiel du droit réel et du droit personnel, mais il s'agit toujours d'une différence de nuances concernant la raison d'exister de ces deux obligations. Le droit de créance, c'est le signe représentatif d'une situation exceptionnelle, anormale, tandis que le droit réel, loin d'être considéré comme une charge, est un élément actif du patrimoine.

Il caractérise « l'état normal ».

Cette conception ainsi rendue et cristallisée par le professeur Planiol a eu, comme nous l'avons dit, son heure de gloire. Plusieurs jeunes juristes, formés à l'école de la nouvelle théorie, acceptent son fondement, sous certaines réserves quant aux questions d'ordre secondaire.

Ainsi, M. Michas et Quéru, tout en adoptant dans son ensemble la conception personnaliste du droit, apportent une modification à la thèse de leur devancier. D'après eux, l'objet du droit réel peut consister, non seulement dans une abstention, mais aussi dans une action positive.

« Les droits réels, droits absolus à contenu positif, sont aussi concevables que les droits absolus à contenu négatif. »

M. Michas s'exprime moins clairement, mais indiscutablement, dans le même sens.

« Il n'existe pas, par suite d'opposition essentielle, au point de vue de leur nature intrinsèque de rapport juridique entre les divers droits, notamment les droits réels et les droits de créances. » Et plus loin : « Les différents rapports de droit privé se répartissent suivant deux classifications primordiales : 1° En s'en tenant à la nature intime de la relation juridique, c'est-à-dire en considé-

rant l'objet juridique, les droits se divisent en droits ayant pour objet une abstention du sujet passif et droits imposant au sujet passif l'exécution d'un acte positif. »

« Dans chacune des deux classes, on peut distinguer, selon que le sujet passif est particulier ou universel. »

En conséquence, selon M. Michas, en cas de pluralité et de singularité de sujets passifs, l'objet peut consister dans une abstention ou dans un fait positif. Voilà donc écartée la distinction établie en ce qui concerne le contenu même de l'obligation.

Ensuite, cette théorie personnaliste fait l'objet d'une remarquable défense et mise au point de la part de M. Demogue dans son étude intitulée : *Notions fondamentales du droit privé*¹.

C'est le même anathème qu'il adresse à la doctrine classique contre toute distinction des droits. Il la considère comme un produit de l'histoire et une confusion entre le droit et son objet.

Mais maintenant « elle ne correspond plus à rien de fondamental ».

Il va plus loin, et, avec la compétence et l'habileté qui lui sont particulières, fortifie la doctrine personnaliste, en ajoutant de nouveaux arguments et en éclaircissant la thèse de ses prédécesseurs sur les points restés obscurs.

Il s'attaque à la question du caractère relatif et absolu en lui donnant une juste et claire définition. Le relativisme, comme l'absolutisme, se réfèrent, d'après lui, à l'opposabilité, non en tant que question d'existence, mais en tant que question d'exécution, de l'effet.

« Les droits relatifs sont, aussi, opposables à tous, en ce

1. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 420.

sens, que tous doivent tenir compte de leur existence, les tiers peuvent même en souffrir, cependant — et ici apparaît le caractère de relativité — on ne peut pas en demander l'exécution directe, ce que Pierre me doit je ne puis le faire payer à un autre ¹. »

Ensuite, M. Demogue invoque un autre argument sérieux dans le but de démontrer l'unité du droit. Les sûretés qui accompagnent habituellement le droit réel, comme le droit de suite et le droit de préférence, ne sont pas incompatibles avec l'idée du droit de créance. Et, inversement, des droits réels peuvent être dépourvus de toute mesure de sûreté. Par exemple, le cas de l'art. 2279, etc.

Il réfute également la distinction concernant le contenu — positif ou négatif du droit.

« Le caractère actif n'est pas, dit-il, un des traits essentiels des droits personnels ² » Il donne comme exemple justificatif, le cas de la rente foncière, les obligations de bornage (art. 646) et de clôture, art. 663.

Sa conclusion est à la fois négative et constructive, car tout en abandonnant la division bipartite, il affirme que « tous les droits sont des droits d'obligations, entre lesquels il y a des variétés, suivant les considérations pratiques ³. »

Critique de cette théorie personnaliste.

An son tour, cette conception a été beaucoup critiquée, et par des auteurs distingués comme MM. Ambroise Colin et Henri Capitant.

1. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 420.

2. Demogue, *op. cit.*, p. 436-437.

3. Demogue, *op. cit.*, p. 440.

1° Ils reprochent d'abord à cette théorie la confusion flagrante qu'elle fait, entre les droits réels et les droits absolus, car la nation du droit absolu est plus large que celle de droit réel. Il y a des droits absolus qui ne sont pas, en même temps, des droits réels. Ce sont les droits de famille, les droits politiques, les droits publics et les droits inhérents à la personne, tels que le droit de travailler, de faire le commerce, d'écrire, etc.¹ ;

2° Deuxièmement, ils constatent que les conséquences mêmes de cette théorie la condamnent. Elle supprime l'existence des droits réels, car, d'après ses partisans, il n'y a que des droits d'obligations dans la vie ;

3° Ensuite, nous croyons cette conception personnaliste vulnérable, parce qu'elle méconnaît volontairement les traits essentiels qui caractérisent les deux classes de droits. C'est la méconnaissance des qualités et prérogatives que les droits réels présentent par rapport aux droits personnels. Le droit le plus complet, celui qui nous offre un pouvoir illimité sur un bien, n'est que le droit réel.

C'est seulement le droit réel qui peut être décomposé dans son exercice, en nous donnant soit l'usage, soit la jouissance, soit la disposition d'une chose ou les trois prérogatives ensemble ; prérogatives que les Romains traduisaient par les termes, *usus*, *fructus* et *abusus*, et qui suffisaient alors à traduire le véritable *jus in re*.

Ces qualités suffisent à marquer une indéniable distinction, une véritable différence, dont l'ignorance est condamnable au nom de la plus élémentaire logique.

Et puis, — comme le soutient avec raison M. Planiol

1. Ambroise Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, p. 105, n° 86.

lui-même, — le fait « que le droit réel est permanent et caractérise l'état normal », tandis que l'obligation n'est qu'une situation anormale, chose exceptionnelle, passagère, ne s'oppose-t-il pas à une complète assimilation, quant à leur nature de ces droits?

Mais la critique la plus sérieuse qu'on puisse adresser à tous ces juristes — partisans de l'idée personnaliste — exception faite pour M. René Demogue, est l'erreur due à l'illusion que seuls les droits réels sont opposables *erga omnes*. C'est d'ailleurs une critique que mérite, également, la doctrine classique, sauf un de ses défenseurs, M. Demolombe.

Cette croyance que le droit réel signifie droit absolu est le point de départ de la thèse personnaliste.

C'est d'ailleurs de là que vient la dénomination d'obligation passivement universelle qu'on donne au droit réel, cette opposabilité absolue, déterminant comme sujet passif, l'universalité des individus.

Nous croyons inutile d'insister sur cette conception nettement fausse, dont la critique impitoyable a été faite par M. Demogue. C'est une conception illogique, sans fondement et qui de plus confond deux notions si distinctes : celle concernant l'existence et celle concernant l'effet d'un droit, car, d'après elle, l'opposabilité *erga omnes* d'un droit signifierait obligation pour tout le monde de l'exécuter.

L'idée d'opposabilité, d'existence, est commune au droit personnel et au droit réel. Un droit, indépendamment de sa dénomination et de son contenu, dès le moment où il existe réellement et légalement, s'impose à tous. Tout le monde doit tenir compte de cette existence. Et de plus le titulaire de ce droit peut, coûte que

coûte, et au risque de porter atteinte aux droits acquis des tiers, le faire valoir.

Par cette remarque, nous croyons pouvoir faire saisir facilement que, du point de vue de l'effet, aucune distinction ne sépare les deux sortes de droits : personnel et réel.

Tout droit présente cet attribut de pouvoir donner une jouissance et une satisfaction complètes en ce qui concerne son contenu à celui que le possède. Et, en conséquence, tous les obstacles qui peuvent s'opposer à l'accomplissement de ce but peuvent être valablement et efficacement écartés. Rien et personne ne peut s'opposer à ce que le titulaire d'un droit réel ou personnel jouisse de son droit. De même, personne ne peut s'affranchir de la charge d'une obligation et rien ne peut empêcher de l'exécuter.

Selon nous, la différence établie par M. le professeur Demogue à l'égard du contenu du droit, le droit réel étant un droit à contenu fort, tandis que le droit personnel est un droit à contenu faible, le premier ayant un effet absolu, alors que le second n'a qu'un effet relatif, n'existe même pas.

Nous croyons que cette prétendue distinction n'est pas réelle. Il est évident que le droit réel a une manifestation extérieure plus visible et qui le met en contact et en conflit avec des tiers plus souvent qu'un simple droit de créance. Cela s'explique par son objet, sa matérialité¹. Et il est logique, comme nous l'avons remarqué, de contraindre toute personne, non seulement de la respecter,

1. Voir l'excellente thèse de M. Louis Rigaud, *Le droit réel*, thèse, Toulouse 1912, p. 307 et s.

mais à ne pas entraver son libre exercice. Mais les choses se passent de la même façon en ce qui concerne le droit personnel. Ce droit existant, il doit produire ses effets activement et passivement.

Toute résistance involontaire ou volontaire est brisée en vertu de l'existence même de ce droit.

M. Demogue, pour soutenir l'effet relatif de l'obligation, déclare à l'égard de ladite distinction : « En droit personnel, ce que me doit Pierre, je ne peux me le faire rembourser par X. » C'est exact, mais dans le droit réel, prenons le cas d'un transfert, d'une vente par exemple. Le nouveau propriétaire peut-il tenir son droit d'un autre que de celui qui lui a vendu la chose, en admettant que ce dernier ait été propriétaire ? Evidemment, non.

Donc, selon nous, tous les droits sont en principe relatifs, car l'un et l'autre ne peuvent être exercés que par certaines personnes, leurs titulaires, et seulement contre les personnes obligées de l'exécuter et en mesure de s'engager. Mais en pratique, tous deviennent également absolus par l'atteinte qu'ils font au patrimoine des tiers, à leurs droits acquis — à cause la solidarité qui existe dans notre vie sociale et grâce à laquelle toutes les personnes et leurs patrimoines forment un ensemble homogène, ainsi que les molécules qui composent l'organisme humain. Dans notre thèse, nous vérifierons cette affirmation par des décisions jurisprudentielles qui arrivent à imposer à de véritables *penitus extranei* des obligations qui sont pour eux *Res inter alios acta*, étrangères à leur volonté et à leur consentement, mais qui sont les conséquences indirectes de l'exercice d'un droit propre et légal ; ce sont de véritables démentis à l'art. 1165.

2° *Thèse patrimonialiste.*

La deuxième variante de la conception unitaire prétend non seulement dépersonnaliser le rapport du droit, mais, au contraire, elle cherche à patrimonialiser tout lien conventionnel. En d'autres termes, c'est une théorie qui veut présenter l'obligation, le droit personnel, d'une façon complètement objective, en l'envisageant comme un élément des patrimoines et spécialement comme un lien entre eux.

Cette nouvelle conception a eu, comme la précédente, la chance d'être lancée par un autre grand et éminent civiliste, M. Saleilles, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

Grâce à la grande autorité et à la compétence de son auteur, à la clarté de son exposition, à la finesse de son raisonnement et à sa concordance avec la réalité des faits, en un mot, grâce à son intérêt, à la fois théorique et pratique, cette nouvelle conception a provoqué un mouvement scientifique qui a contribué, à côté de celui dirigé par Planiol, à éveiller l'attention en notre matière ¹. Elle a fait rapidement des adeptes et est venue apporter la plus sérieuse des critiques à la thèse des « obligations passivement universelles ».

Ses défenseurs ont le même point de départ que leurs adversaires, lorsque ces derniers dirigeaient leur critique contre la doctrine classique, et ils emploient presque les mêmes arguments. « C'est l'histoire qui a fourni cette division bipartite ². » Mais ils ajoutent que le caractère

1. Levy Ulmann, *Répétitions écrites*, 1927-1928, p. 30.

2. Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme un principe de la transmission à titre universel*, thèse, Paris, 1902, p. 64-65.

personnel a commencé par exister seul et que l'avenir doit être réservé au caractère patrimonial.

C'est le progrès qui imposera ce résultat. C'est une nécessité qu'il est désirable de satisfaire, car autrement, un conflit regrettable éclatera entre la théorie et son adaptation à la pratique.

Donc, pour favoriser le progrès du droit des obligations, la facilité des rapports juridiques, ce qui est incompatible avec la théorie adverse, la nouvelle conception s'impose.

Mais elle ne s'arrête pas à ce résultat destructif, elle se base sur des considérations logiques et juridiques.

Comme nous l'avons fait comprendre, l'idée fondamentale de cette théorie réside dans sa conception de la nature juridique de l'obligation. Cette dernière est un élément du patrimoine, un rapport obligatoire — comme le droit réel — sur les biens.

Par suite, l'obligation, quoique formée par l'engagement d'une personne de fournir la prestation, n'est plus attachée à une personne spécialement déterminée.

C'est un rapport objectif, exécutable par une personne, qui peut être changée au profit d'une autre personne, — le créancier, — qui peut être également remplacée. Dans la notion d'obligation, on peut faire abstraction de la personne du créancier et même du débiteur. Ce qui intéresse, c'est la prestation de l'engagement pris.

Comme disait M. Gaudemet : « Aujourd'hui, c'est le patrimoine qui doit au patrimoine ¹. »

Cette indifférence surprenante, spécialement en ce qui concerne la personne du débiteur, est justifiée par M. Saleilles, à l'occasion de la cession de dettes.

1. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, p. 30.

« La personne du débiteur importe en somme au point de vue de la garantie de l'obligation, car le créancier peut abandonner la garantie de son droit ou en accepter une autre sans que le droit soit modifié, *l'obligation ne change pas*, parce que les cautions par exemple viendraient à changer ¹. »

Mais si l'obligation est conçue de façon éminemment objective, comme un droit sur les biens, un véritable rapport abstrait, puisque ce qui compte n'est que la prestation elle-même, on ne doit pas conclure qu'il y a une complète assimilation entre droit réel et droit personnel.

Il y a une différence, quoiqu'elle soit de minime importance. C'est que l'obligation, l'inverse du droit réel, « ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine ² ou comme dit M. Jallu :

« C'est un lien plus lâche entre le titulaire du droit et l'objet de ce droit, un lien susceptible de se distendre plus ou moins complètement, mais dont l'emprise à la fois plus molle et plus large, si elle est susceptible de s'exercer sur des objets plus indéterminés, chose *in genre* et obligation de faire porte subsidiairement, à titre d'indemnité, sur l'ensemble des biens au débiteur considérés au point de vue de leur valeur pécuniaire ³ »

Les défenseurs de cette théorie se placent surtout sur de terrain pratique de l'utilité et de l'avantage qu'elle présente dans la vie des relations juridiques, pour justifier sa raison d'exister.

1. Saleilles, Cess. de dette, *Ann. dr. comm.*, 1890, p. 3.

2. Gaudemet, *op. cit.*, p. 31.

3. Jallu, *op. cit.*, p. 70.

En admettant cette opinion, on arrive à la reconnaissance de la transmission des dettes, c'est abandonner le rigoureux principe — héritage du droit romain, qui prohibe la cession de dette.

C'est la conséquence logique tirée de l'objectivité de l'obligation, car :

« Si l'on admet que l'obligation ait une réalité juridique en dehors de la personne du débiteur, il faudra bien reconnaître que « la personne du débiteur pourra changer, sans que l'obligation soit modifiée ¹. »

Evidemment, pour la réalisation de cette transmission, le premier moyen qui peut être envisagé, c'est la novation. Mais, pour des raisons essentielles et spécialement pratiques, il est préférable de choisir la cession ².

Dans la transmission par cession, l'ancienne dette ne s'éteint pas. Il y a un changement de débiteur, ce dernier s'engage à exécuter la dette ancienne dans sa forme et dans son étendue, accompagnée de toutes ses garanties initiales, tandis que, dans une novation, la dette est complètement et radicalement remplacée. C'est une nouvelle dette qui vient prendre la place de l'ancienne, qui a disparu ³.

Cette théorie explique encore d'autres institutions utiles, comme la force de l'engagement par la manifestation unilatérale de volonté, ensuite, le pouvoir obligatoire du titre au porteur et la possibilité d'avoir effet contre n'importe quelle personne.

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 18.

2. Saleilles, Cess. de dettes, *Ann. dr. comm.*, p. 26.

3. Saleilles, Cess. de dettes, *Ann. dr. comm.*, p. 18.

Critique de la conception patrimonialiste.

Ce nouveau caractère patrimonialiste de l'obligation, cette idée d'obligation abstraite, car le droit personnel, malgré son nom, se caractérise par son objet et son étendue, est aussi critiquable.

Nous faisons nôtres les remarquables observations critiques de M. Planiol.

« Dans cette conception, on risque de fausser complètement la notion de l'obligation qui, d'après sa définition ancienne, est un lien entre deux personnes. »

Quant à ces conséquences pratiques, plaidant en sa faveur et qui peuvent la justifier dans une certaine mesure, le distingué auteur remarque qu'il suffit donc, pour obtenir leurs résultats utiles, d'admettre la substitution d'une personne à une autre. »

En agissant de la sorte, il n'y a pas besoin, continue-t-il, de dire que la personne représente ses biens et que c'est son patrimoine qui est débiteur : « Je n'ai pas besoin pour cela de cesser de voir dans l'obligation un rapport juridique entre deux personnes. »

La conclusion qui s'impose d'elle-même, c'est qu'on ne peut faire abstraction, ni de la personne du créancier, ni de la personne du débiteur dans une obligation, comme, d'ailleurs, on ne peut pas soutenir que l'existence et la considération de l'objet ne présentent aucune importance juridique dans un rapport obligatoire.

Comme nous l'avons déjà dit, à l'occasion de la critique adressée à la conception personnaliste, le droit réel est le droit le plus complet, et le pouvoir qu'il procure à son titulaire est, — sous la réserve du respect des lois,

des bonnes mœurs et des droits acquis des tiers, — illimité, en ce sens qu'il peut user, jouir et même abuser de droit. C'est un droit qui, à cause de la matérialité de son objet, présente une extériorité plus prononcée que le droit personnel.

Le conflit, qui peut, inévitablement, survenir entre le droit réel et les droits des autres personnes, est aussi plus facile à résoudre. Par exemple, en ce qui concerne le transfert possible par le débiteur de la chose, objet du droit, pour se garantir contre toute manœuvre dolosive ou non, le titulaire du droit possède, en règle générale, le droit de suite et le droit de préférence.

Ensuite, le droit personnel et le droit réel ont chacun leur histoire propre, leur mode de naissance et leur développement.

La distinction la plus sûre et la plus indéniable consiste dans leurs modalités, leur date de naissance et spécialement dans leur évolution. Le plus ancien est le droit réel. C'est la propriété, le type représentatif du droit réel que l'on trouve d'abord. Elle est aussi ancienne que l'homme, elle naît avec lui et est, pour ainsi dire la condition de sa vie et de son existence.

La notion de propriété dérive de la nécessité que l'homme, — quelle que soit sa situation intellectuelle, — a de satisfaire ses besoins.

Comme il est naturel, la propriété concerne, à l'origine, seulement les choses qui permettent à l'homme de se nourrir, d'entretenir sa force et de faire vivre les siens.

Elle s'étend également aux objets qui lui permettent de se défendre. Donc, dans la notion positive de propriété entrent toutes les choses qui servent à entretenir, à améliorer la vie de l'homme et à garantir son existence.

Mais il faut préciser qu'à l'origine la propriété ne comprenait que les biens qui pouvaient faire l'objet d'une saisie matérielle et immédiate. Ce n'était qu'une propriété mobilière.

Du reste, il ne faut pas s'imaginer qu'à cette époque il existait une notion claire du droit. Il y avait une confusion complète entre le droit et son objet, et peut-être était-elle déterminée par le fait que le droit de propriété ne s'appliquait qu'aux choses susceptibles d'être possédées matériellement, aux objets qu'il était possible de saisir, de garder et d'utiliser.

Probablement, est-ce de ce fait que découle le nom de *manicipatio*, qui n'est qu'un mode du droit romain de transmission des choses.

La propriété foncière n'est apparue que plus tard. Elle marque une étape relativement avancée dans le progrès de la civilisation. Elle correspond à une étape où l'homme commence à devenir sédentaire, attaché à un endroit déterminé, lié à une certaine portion de terre. La propriété foncière d'ailleurs, dans les premiers temps, ne consiste que dans la simple jouissance du sol et se trouve à la disposition et au profit de la collectivité.

Même à Rome, aux origines, nous trouvons le régime ainsi nommé de « jouissance familiale ». C'est l'institution connue de la famille patriarcale dont il suffit, pour la caractériser, de rappeler le pouvoir absolu et l'autorité sans limites qu'exerçait le chef de famille — *pater familias*.

Il était plus que maître, il était le véritable propriétaire des membres qui composaient sa famille; enfants esclaves. Il remplissait dans sa famille le rôle de juge, de propriétaire et même de prêtre. On lui reconnaissait le

droit de punir des membres de sa famille, de les jeter en prison et même de les vendre.

En un mot, il avait un pouvoir discrétionnaire sur les personnes qui composaient la famille, pouvoir qu'on ne rencontre pas en matière de biens, car le domaine familial ne pouvait pas être vendu. Le chef avait le droit d'un usufruitier; il administrait, il jouissait du profit, mais il était obligé de conserver les biens dans l'intérêt de la famille. Chose curieuse, la personne humaine était aliénable, tandis que le domaine de la famille ne pouvait faire l'objet d'aucune transaction, vente, partage, etc.

On appelait à Rome cette sorte de propriété la propriété *quiritaire*.

Il résulte de ce que nous avons dit ci-dessus que seul le chef de famille a le droit de propriété; c'est lui seul qui possède.

Les autres, sa femme, ses enfants, pour ne plus parler des esclaves, sont des possédés et non pas des possesseurs.

Mais au fur et à mesure de l'apparition du progrès, ce pouvoir discrétionnaire commença à s'affaiblir et, petit à petit, perdit toute son ampleur.

C'est un pas important dans la voie de la civilisation. C'est l'inauguration d'une ère nouvelle, la mère de notre société.

Cette époque se caractérise par des idées, d'abord, plus humaines et ensuite par une plus grande compréhension du rôle de l'homme dans la société, comme des biens qui lui servent d'appui dans sa lutte pour l'existence.

Une série de mesures législatives vient donner l'indépendance désirée au fils, ainsi que le droit de posséder.

C'est la création du *peculium castrense* et *quasi castrense*, le domaine qu'il pouvait acquérir soit comme fonctionnaire, soit pendant son service militaire.

La femme gagne aussi un droit plus actif dans la société. Elle devient plus respectée et peut avoir une fortune propre.

Enfin, pour couronner la série des œuvres vraiment sociales et compatibles avec un stade plus avancé de civilisation, on accorde à tout citoyen le droit de vendre, de tester, de transiger, en d'autres termes : le droit de contracter.

C'est la naissance de la propriété individuelle, c'est l'époque où on arrive à distinguer l'objet du droit, à envisager le droit comme une notion indépendante et abstraite, qui peut être transmise seule, donc une notion qui peut se détacher de la chose sur laquelle elle porte.

Mais ce n'est pas tout. C'est alors que commence la multiplication des besoins et la nécessité de les satisfaire.

Et, pour arriver à ce résultat, l'homme a besoin de l'aide des autres individus, d'entrer en relation avec eux. C'est la date où le contrat naît.

Donc, la notion d'obligation correspond à un état de civilisation et de progrès avancé. Les processus de son évolution, par la force des choses, a été plus difficile et plus long.

Et c'est logique. Tant qu'on mène une vie de simplicité, caractérisée par un isolement presque complet, par des besoins limités, il n'y a pas de relations ni de rapports sociaux.

Plus tard, même avec la structure de la famille patriarcale, avec son domaine familial inaliénable, avec son

organisation juridique, religieuse et économique qui, ainsi que nous l'avons vu, se suffisait à elle-même, les rapports sont très restreints et les besoins réduits.

Le commerce, l'industrie, les transactions, sont longtemps inexistants.

Et d'ailleurs la notion d'obligation à son apparition est une notion complètement confuse.

On ne peut pas faire de distinction entre le lien d'assujettissement et l'obligation.

L'obligation, envisagée comme un devoir, conférant un pouvoir sur le débiteur, fait apparition, d'après une opinion soutenable, à une époque postérieure aux Douze Tables et antérieure à la loi Aquilia, donc vers le milieu du v^e siècle. Elle coïncide avec la possibilité de vendre et de tester, attribuée aux citoyens.

M. Cuq prétend que la notion d'obligation abstraite est introduite avec la stipulation.

On peut donc conclure que c'est le besoin qui produit l'obligation et que c'est à la civilisation qu'on peut imputer sa paternité. Elle est représentative d'une époque où la nécessité de la corporation se fait sentir, où les relations commerciales ont pris un grand essor et où l'homme peut exprimer et traduire sa volonté.

c) *Opinion jurisprudentielle.*

Même s'il existe une différence concernant l'effet entre le droit réel et le droit personnel, cela ne veut pas dire que la convention génératrice ou translatrice d'un droit réel produise ses effets *erga omnes*, qu'elle ait un effet absolu, qu'elle soit exécutable

par n'importe qui et au profit de n'importe quelle personne. Avant de répondre, il faut profiter de cette occasion pour faire connaître l'opinion jurisprudentielle, sinon tout entière, du moins celle qui domine. D'après elle, l'art. 1165, en vertu duquel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ne s'applique pas en matière de droits réels, de tels droits étant opposables aux tiers, comme aux parties elles-mêmes, sauf la preuve, par les tiers, de l'existence des droits contraire.

Ce n'est pas tout. Elle considère que les conventions qui produisent ou prouvent ces droits *in re*, ont légalement le même effet absolu. C'est l'idée qu'un effet relatif ne peut être produit que par les conventions qui font naître des droits relatifs, c'est-à-dire des droits personnels.

Ainsi, par exemple, on prétend que les actes établissant l'acquisition ou la translation de la propriété sont opposables à tous, comme d'ailleurs les droits qu'ils contiennent.

Cette attribution de l'effet absolu à une convention translatrice du droit réel est motivé par une conception manifestement utilitariste.

« Le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été partie, puisque de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers ¹. »

1. Cass. Civ., 22 juin 1864, D. 64.1.412.

Le même raisonnement dans la sphère d'application de la règle « *Res inter alios acta* » et la même justification, démunie d'argumentation légale, mais appuyée sur des considérations d'intérêt pratique, se retrouvent dans d'autres décisions jurisprudentielles¹.

La Cour de Nancy, en matière de revendication, adopte et précise les principes indiqués.

« Attendu, dit-elle, que cette règle, qui existe dans l'art. 1165, ne s'applique point aux actes translatifs de propriété qui sont opposables, non pas à tel ou tel en particulier, mais à tous en général, comme les droits réels et absolus qu'ils consacrent.

» Qu'autrement les contrats par lesquels la propriété des biens s'acquière d'après l'art 711 deviendraient dans la plupart des cas lettre morte et impuissante, ces contrats se passant presque toujours entre celui qui transfère la propriété et celui auquel elle est transférée, sans que les tiers l'autorisent et sans qu'ils aient un moyen légal et possible d'intervenir. »

» Attendu que l'interprétation donnée ici à la règle *Res inter alios acta* ne s'appuie pas seulement sur les principes les plus élémentaires de bon sens et du droit, qu'elle se recommande aux esprits pratiques et sérieux, par ce besoin de stabilité qui, dans notre organisation sociale, assure à la propriété immobilisée une préférence qu'il importe de lui conserver². »

Cette non application de la règle que les conventions ne nuisent et ne profitent pas aux tiers, nous la trouvons

1. Rouen, 1^{er} février 1865, D. 66.2.171, Req., 18 novembre 1868, D. 69.1.128; Pau, 8 mai 1872, D. 73.2.231; Aix, 29 février et 15 mars 1872, D. 74.2.185; Cass., 8 juillet 1874, D. 74.1.336; Civ., 9 janvier 1901, D. 1901.1.449.

2. Nancy, 20 juin 1867, D. 68.2.166 et la note.

dans une autre espèce, dans le cas d'un acte déclaratif, ou spécialement d'un jugement générateur, d'un droit réel.

C'est le cas sur lequel la Chambre civile a statué par une décision du 27 décembre 1865. Il s'agissait dans l'espèce d'une attribution de propriété entre les habitants du hameau de Colletières, faite par un arrêt du 28 août 1851 ; on voulait savoir quel était le pouvoir de cette décision, sous le rapport de l'opposabilité. La Cour de cassation, dans ses attendus, déclare :

« Attendu, qu'en droit, la propriété est un droit réel, l'arrêt qui déclare un individu propriétaire équivaut nécessairement à un titre susceptible, comme tout autre titre, d'être opposé à tous, par celui que l'a obtenu ¹. »
Donc l'application de l'art. 1165 est exclue.

Egalement dans un arrêt de date assez récente, la Cour de cassation a, paraît-il, confirmé les dispositions antérieures en réalisant les mêmes confusions, elle limite l'art. 1165 aux seules conventions donnant naissance aux obligations et non aux droits réels. « Un acte translatif, se prononce-t-elle, fait foi même à l'égard des tiers et le successible qui justifie de sa qualité d'héritier établit par cela même ses droits sur les biens laissés par son auteur ². »

Cette revue sommaire de quelques arrêts est fort riche en conséquences théoriques pour nous.

D'abord, la jurisprudence donne implicitement, mais d'une façon indéniable, une interprétation de la portée

1. Ch. Civ., 27 décembre 1865, D. 66.1.5 et la note, *dans le même sens* Req., 22 mai 1865, S. 65.1.359; D. 65.1.473; Civ., 13 juillet 1870, S. 70.1.397; D. 70.1.343; Bordeaux, 18 décembre 1879, 580.2.109; Orléans, 25 ou 26 avril 1895, S. 98.2.214; Req., 2 janvier 1907, D. 1907.1.125.

2. Civ., 15 mai 1923, D. 1926.1.13.

et de la signification de l'art. 1165. C'est l'interprétation que nous donnerons plus tard du principe *Res inter alios acta* et qui traduit la pensée et l'intention du législateur de 1804. C'est l'interprétation de la deuxième phrase de l'art. 1165, « que les conventions ne nuisent et ne profitent pas aux autres ». Ces expressions ne nuisent et ne profitent, se réfèrent à une question de profit ou de préjudice, d'avantage ou de désavantage. Et la conclusion qui doit résulter d'une stricte application de ce principe est qu'une convention ne peut produire d'atteinte matérielle à une personne étrangère.

Critique de la jurisprudence.

Jusqu'ici nous n'avons rien à dire contre cette jurisprudence, elle fait, sinon une œuvre utile et pratique, pour mettre cette règle étroite et exprimée dans des termes exagérés en rapport avec l'état des faits, du moins, elle manifeste un incontestable respect pour la lettre de l'art. 1165. Elle est l'œuvre d'un interprète et emploie, comme méthode, la méthode traditionnaliste, la méthode exégétique, celle qui tient compte seulement du texte de loi.

Mais il y a des reproches qu'on peut lui adresser, d'ailleurs elle a été sévèrement critiquée par des auteurs distingués : MM. Laurent¹, Montangne² et Naquet³.

Premièrement, elle commet la même erreur que le législateur de 1804, en s'imaginant que seul, le droit

1. Laurent, *Principe de droit civil français*, t. VI, n° 159, 173.

2. Montangne, *De l'action en revendication de l'immeuble*, thèse, Poitiers, 1879, n° 349 à 362.

3. Naquet, note sous Aix, 29 février et 15 mars 1872, S. 1873.2.49.

réel est opposable *erga omnes* et que le droit personnel n'a qu'une existence limitée entre les parties contractantes.

Aujourd'hui, logiquement, il est incontestable, que peu importe qu'un droit soit réel ou personnel, du moment qu'il existe, il existe vis-à-vis de tous.

Mais la critique la plus sérieuse qu'on puisse lui adresser, c'est son manque de clarté, l'impossibilité qu'il y a de saisir la délimitation entre les deux notions qui, pour elle sont sinon identiques, du moins très confuses : l'effet et l'existence. L'existence, manifestation extérieure d'un droit, ne contraint personne, ne porte atteinte à aucun droit acquis ; ces caractères sont inhérents et exclusifs à la notion d'effet

Une autre confusion qu'elle fait, c'est celle de l'acte juridique et de l'acte instrumentaire.

L'acte juridique, c'est le fait juridique, la manifestation de la volonté en vue de produire un effet de droit, tandis que l'acte instrumentaire, c'est l'écrit rédigé en vue de constater l'existence d'un acte juridique.

Et ensuite la dernière et la plus grave erreur consiste dans la croyance que si le droit transmis est réel, absolu, la convention qui le transmet aura le même effet. C'est une conclusion illogique, et qui ne repose sur rien, que, « sur un sophisme », comme le dit M. Lévy.¹

d) CONCLUSION GÉNÉRALE.

C'est confondre l'acte translatif avec le droit qu'il transfère. La conclusion est que, une convention généra-

1. Lévy Emmanuel, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse, Paris, 1896, p. 20.

trice d'une obligation ou d'un droit réel, par sa structure, par son fondement juridique, étant le produit de deux ou plusieurs manifestations de volonté, en principe ne doit produire ses effets qu'entre les parties contractantes.

L'opinion adverse, doctrinale et jurisprudentielle, trouve son explication dans les idées de 1804 et spécialement dans leur manque de clarté.

CHAPITRE III

LA NOTION DE TIERS

- Le mot tiers est un terme obscur et mal défini.*
- b) *Sont tiers : α les personnes complètement étrangères à la conclusion d'une convention ; β et les personnes qui, quoique étrangères, se trouvent dans certains rapports juridiques avec l'une des parties contractantes. Ils sont les ayants-cause à titre particulier.*
 - c) *Inapplicabilité de l'art. 1122 aux ayants-cause à titre particulier.*
 - d) *L'ayant-cause considéré comme tiers.*
 - e) *Les personnes que le terme ayant-cause particulier sert à représenter.*

a) LE MOT TIERS EST UN TERME OBSCUR ET MAL DÉFINI.

L'art. 1165, contenant la règle que les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers, il est nécessaire de préciser le sens et l'étendue de cette dernière notion.

a) Il faut savoir au préalable, que le mot tiers fait partie des notions les plus obscures du Code civil. Une très grande imprécision domine cette notion. Elle est employée dans divers endroits, avec des sens différents, mais toujours sous le même nom, sans que le législateur ait trouvé nécessaire de fixer sa portée et sa définition. En dehors de l'art. 1165 où il occupe sa place essentielle, nous trouvons ce terme dans les art. 548, 553, 555, 614, 620, 790, 896, 898, 930, 954, 968, 1020, 1070, 1071, 1093, 1111, 1171, 1236, 1295, 1299, 1321, 1328, 1338, 1371, 1397,

1558, 1592, 1681, 1689, 1690, 1725, 1854, 1956, 1971, 2005, 2076, 2091, 2098, 2108, 2113, 2135, 2148, 2238, 2243, C. c. et la loi du 23 mars 1885.

Avant de chercher à déterminer sa véritable signification et sa portée, but de notre travail, il est utile de rappeler que dans cet article 1165, on envisage les effets possibles des conventions, en se plaçant au point de vue de leur formation.

Donc, *grosso-modo* et d'une manière générale, par tiers on comprend ici, ceux qui n'ont pas pris part à la convention, donc des personnes qui s'opposent nettement aux parties contractantes.

Aussi, pour mieux dégager cette notion de tiers, pour nous rendre compte par qui elle est formée, il faut déterminer premièrement celle de partie contractante.

Par partie contractante, d'après tout le monde, on entend aujourd'hui non seulement les parties présentes à la formation d'une convention, celles qui ont contracté personnellement, mais même celles qui y ont été légalement ou conventionnellement représentées, car dans la législation moderne, il n'est pas nécessaire pour être considéré comme partie contractante d'avoir figuré en personne à la conclusion d'une convention, il suffit d'avoir été représenté.

Cette circonstance, cette fiction, dont l'effet est de faire entrer les représentés dans la place, et dans les droits du représentant, constitue une des nombreuses atteintes apportées au principe individualiste, cher au législateur de 1804.

L'art. 1165 doit donc, d'après la nouvelle conception, être modifié au moins dans sa lettre — à notre avis, il y a lieu de procéder à un changement sérieux même dans son esprit

La formule qui correspond à la réalité doit être établie, comme le remarque les distingués auteurs, de la manière suivante : Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes et à l'égard des personnes qui ont été valablement représentées¹ »

Cette représentation se retrouve exposée, dans divers articles du C. civ., sans qu'il y ait une théorie générale qui envisage la question dans son ensemble.

Ainsi dans l'art. 450, nous trouvons que « le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils ».

Et ensuite dans les art. 1998 et 1375, le Code établit que « le mandant » et le maître sont obligés d'exécuter les engagements contractés, en leur nom, par le mandataire et par le gérant ».

Cette institution qui paraît bizarre et non seulement en contradiction avec la conception formaliste, mais en désaccord logique avec le système subjectif, d'après lequel l'effet d'un acte, conclu par un représentant, ne peut se produire directement et immédiatement sur la tête du représenté, n'entre pas dans notre sujet.

Nous n'insisterons d'ailleurs pas longtemps, mais nous ne pouvons pas manquer d'indiquer la discussion et la multitude des systèmes créés, en vue de justifier juridiquement la nouvelle institution, qui si difficilement explicable soit-elle, s'accorde merveilleusement avec les besoins de la vie juridique et qui est devenue plus qu'utile, indispensable même dans une société riche en rapports juridiques.

1. Aubry et Rau, 4^e éd., t. IV, § 346, p. 327; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, p. 494, n^o 581, cités par Popesco Ramniceano, *De la représentation dans les actes juridiques*, thèse, Paris, 1927. p. 196.

Les systèmes explicatifs imaginés *ad hoc*, sont ¹ :

1° Le système de fiction, dont la paternité appartient à M. Labbé ;

2° Le système de porte parole, création de M. Savigny ;

3° Le système de coopération, appartenant à M. Mitteis ;

4° Le système de la mise en contact des deux patrimoines, le système de M. Pilon ;

5° L'autonomie de la volonté, système qui est une critique sévère, du système de la fiction, représenté par M. Capitant ;

6° Enfin le système proposé par M. Lévy Ulmann pour qui « la représentation n'est qu'une modalité de l'acte juridique, comme le terme, comme la condition ».

En dehors de la représentation, conventionnelle (pleinement reconnue comme valable) ou légale (celle qui est expressément et indiscutablement prévue par différents articles), il y a encore un cas que l'on peut rapprocher de ceux qui prévoient la représentation, c'est celui de l'art. 1122, en vertu duquel « on eset censé avoir stipulé pour soi, pour ses héritiers et pour ses ayants cause. »

Evidemment, il est très simple de démontrer qu'entre l'art. 1122 et ceux qui établissent la possibilité d'être représenté, il y a une différence, car dans la représentation, le représentant contracte pour le représenté seul et jamais en son nom personnel.

Mais ce que nous voulons faire ressortir, c'est qu'il y a encore un cas où des personnes, qui en réalité ne prennent pas part à la formation d'un contrat, sont tout de même considérées comme de véritables contractants.

1. Voir Lévy Ulmann, *Rép. écrites*, 1927-1928. p. 453 et s.

Mais ce détail ne facilite en rien notre travail, au contraire, car cette notion d'ayants cause comme celle de tiers manque de clarté.

M. Génv, dans son étude intitulée la technique législative, sur la critique de la terminologie adoptée par le législateur déclare :

« Faut-il rappeler l'indétermination où notre Code a laissé certains termes les plus essentiels du langage juridique, tels que les mots : ayant cause, tiers, etc...¹ »

L'expression d'ayant cause se rencontre également souvent dans le Code (art. 137, 618, 921, 941, 966, 1014, 1122, 1319, 1322, 1340, 1365, 1453, 2263, mais elle est employée partout sous cette forme, sans autres précisions. La doctrine et la jurisprudence divisent les ayants cause en trois classes : ayant cause universel, ayant cause à titre universel et enfin ayant cause à titre particulier. Le nœud du problème, objet de notre faible effort, et qui constitue une discussion assez controversée, est de savoir si dans l'art. 1122, le législateur a voulu comprendre aussi les ayants cause à titre particulier, ou seulement les deux premières classes.

C'est une question que nous annonçons seulement, et qui fera plus tard le sujet de nos développements.

Maintenant après ce procédé sommaire et incomplet d'élimination nous essayons d'établir quels individus sont compris dans le terme tiers et quelle est la caractéristique et la véritable interprétation qu'on peut donner à cette notion, toujours en regardant les choses de notre point de vue, de l'effet obligatoire des conventions.

1. Génv, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 1016.

b) D'une manière générale, on peut grouper les personnes non parties contractantes en deux classes :

b) SONT TIERS :

1° Premièrement, la classe de personnes complètement étrangères à la conclusion d'un acte. Ce sont ceux qui n'ont jamais eu de rapports avec les parties contractantes, ainsi nommés les *penitus extranei*.

La doctrine ancienne comme la doctrine moderne est unanime à reconnaître que le terme tiers, de l'art. 1165 vise, sinon exclusivement, du moins spécialement et en premier lieu ce groupe de tiers.

C'est une question plus qu'élémentaire, de toute évidence comme disait Pothier, et conforme aux principes les plus simples du droit naturel, qu'une personne qui n'a pas été consultée, dont la volonté n'est pas intervenue, ne s'est pas manifestée, dont le consentement n'a pas été exprimé, en un mot une personne qui est restée loin de la formation d'une convention et qui même a ignoré l'existence d'un rapport obligatoire, ne puisse être obligée.

2° Nous n'insisterons plus sur cette première catégorie, sur laquelle tout le monde est d'accord, où il n'y a pas de divergence et nous passons à la deuxième classe de tiers, ceux qui bien qu'étrangers, se trouvent sous certains rapports liés avec l'une des parties, ce sont les ayants cause à titre particulier.

Et nous nous croyons autorisés à croire à l'existence de ces derniers, dans la sphère de l'art. 1165, en vertu de l'argument qui a été exprimé avant nous par M. Contant « que le législateur a eu un autre but que celui d'écrire une règle de bons sens ¹ ».

1. Contant, *Des créanciers chirographaires considérés comme tiers*, thèse, Paris 1908, p. 9.

C'est la logique elle-même qui impose cette conclusion, car le fait pour ces personnes d'invoquer la convention ou d'être contraintes à l'exécuter, n'entrant pas logiquement dans les éventualités possibles, le législateur n'aurait pas eu besoin de penser à eux et aucun intérêt ne l'aurait poussé à prendre une mesure de sauvegarde, là où le péril est inconcevable.

Il faut donc, raisonnablement, conclure qu'en dehors des personnes étrangères, cette dernière expression étant comprise dans la plus stricte interprétation littérale, — personnes qui n'ont aucun lien avec les parties, — notre article se réfère aux ayants cause, considérés d'abord, non pas individuellement, mais dans leurs rapports entre eux. Deux personnes traitant avec la même personne, leur *auteur commun*, sont des tiers entre eux.

Illustrons le cas par un exemple emprunté de M. Beudant. « Une convention est passée entre Primus et Secundus, et une autre entre Primus et Tertuis, Secundus et Tertuis, qui sont l'un et l'autre ayants cause de Primus, sont tiers entre eux par rapport aux autres conventions passées par les auteurs¹. »

Ces conventions sont pour eux, *res inter alios acta* et ils n'ont point ni à subir, ni à invoquer leurs effets.

Mais même parmi les ayants cause, envisagés en cette qualité et individuellement, nous trouvons des personnes qui présentent la qualité de tiers. Ce sont les ayants cause, auxquels l'article 1122 est inapplicable : les ayants cause particuliers.

Dans le but de justifier cette dernière affirmation basée jusqu'à présent sur une incontestable question de bon

1. Charles Beudant, *Cours de droit civil*, Les contrats et les obligations, t. III, n° 924, p. 570.

sens et de logique, nous sentons la nécessité de démontrer :

1° Que l'ayant cause à titre particulier diffère grandement de l'ayant cause universel ou à titre universel.

2° Que l'art. 1122, par l'expression générale et vague d'ayant cause, n'entend comprendre que les ayants cause universels et à titre universel.

Et enfin :

3° Que l'ayant cause à titre particulier présente certains caractères, certaines qualités et prérogatives qui suffisent à le caractériser comme tiers.

En ce qui concerne la distinction entre les ayants cause : les ayants cause universels et à titre universel d'une part, les ayants cause particuliers d'autre part ; la première explication intéressante, source d'importantes conséquences, est celle tenant à l'étendue des différents droits et à l'origine de ces noms.

a) Le droit de l'ayant cause universel et à titre universel porte sur le patrimoine entier ou une quote part du patrimoine de l'une des parties contractantes, en d'autres termes le droit de ces derniers comprend une universalité ou une quote part de cette universalité.

Au contraire, le droit de l'ayant cause à titre particulier est un droit déterminé, limité, quant à son domaine, il porte sur un bien fixe, qui reste toujours le même. Toute possibilité d'augmentation, comme dans l'hypothèse d'un ayant cause à titre universel, est exclue.

b) Une autre différence réside dans l'origine de ces qualités. Les ayants cause universels et à titre universel acquièrent la leur par une transmission nommée *transmissio mortis causa*. Ainsi ce ne sont que les héritiers, les légataires universels, légataires à titre universel, dona-

taires de bien à venir. C'est la conception dominante de la doctrine.

C'est la conséquence immédiate de l'idée personnaliste du patrimoine.

On considère le patrimoine comme un attribut, une émanation de la personnalité. « Le patrimoine est une universalité qui a un caractère spécial, celui d'appartenir à une personne, il est soumis à la décision d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir ¹. »

On peut en déduire une autre conséquence logique : le patrimoine n'est pas accessible du vivant de son propriétaire, car un individu, de son vivant, ne saurait être plus dépouillé de son patrimoine que de sa personnalité ; il ne peut donc ni s'en dessaisir, ni le grever de droits réels.

C'est la conception classique du patrimoine, la conception unanimement admise, mais qui s'est vu critiquée sévèrement, par l'apparition récente d'une nouvelle théorie, envisageant le patrimoine comme une notion juridiquement distincte de la personnalité.

Cette nouvelle conception soutient que le patrimoine est une notion indépendante, ayant une vie propre, qui doit se plier à l'évolution des choses.

C'est une théorie qui, ainsi conçue, présente aux yeux de ses partisans une utilité appréciable ². Elle invoque comme justification de sa réalité, l'existence de nombreux cas de véritables transmissions universelles entre vifs, offerts par la pratique.

1° Cession à titre onéreux du patrimoine ;

1. Plastara, *Notions juridiques du patrimoine*, thèse, Paris, 1903, p. 58-59; Jossérand, *Cours de droit civil français*, t. I, § 653, p. 355; Aubry et Rau, *op. cit.* 4^e éd., t. VI, § 573.

2. Plastara, *op. cit.*, p. 113 et s.

2° Donations entre vifs de tout ou quote part de biens présents ;

3° Donations de biens présents et à venir ;

4° Partage d'ascendant ;

5° Etablissement de la communauté conjugale ;

6° Etablissement d'une société universelle ;

7° Aliénation d'un fonds de commerce.

Nous n'insisterons ni sur le bien-fondé, ni sur la fausseté de la base juridique de cette nouvelle théorie, il nous suffira de dire qu'elle n'a eu la chance ni de résister, ni de triompher.

La doctrine, comme la jurisprudence, dans la grande majorité, la critiquent, en la considérant comme hardie, peu logique et sans fondement.

c) Enfin une autre différence réside dans le fait que les ayants cause universels et à titres universels sont tenus des dettes de leurs auteurs. Nous laissons de côté la question que même relativement à la succession des droits, il y a une différence. Ainsi pour que les ayants cause acquièrent les droits de leurs auteurs, il faut que ces droits se réfèrent non seulement directement à l'objet auquel l'ayant cause a succédé mais que ces droits aient transformé, amélioré ou agrandi la chose transférée. Si nous insistons si peu là-dessus c'est que nous y reviendrons au cours de notre travail, pour traiter la question avec l'ampleur qu'elle mérite.

Mais prenons l'hypothèse concernant les obligations. Ici la distinction est plus frappante.

Les ayants cause à titre universel, c'est-à-dire : les héritiers, des légataires ou donataires universels ou à titre universel succèdent, non seulement dans les droits mais aussi dans les obligations. C'est l'application

intégrale, dans la lettre et dans son esprit, de l'art. 1122. « On est censé avoir stipulé, en sous-entendant le mot stipuler dans le vrai sens de « contracter ».

Cette succession dans les obligations, qui sont personnelles au débiteur originaire, s'explique par l'idée bien connue de la continuation de la personne. L'héritier est considéré comme représentant la personne du *deujus* et il répond de ses dettes *ultra vires emolumentum*.

Cette question de la transmission des obligations aux ayants cause universels et à titre universel est intéressante, et son évolution constitue un bel exemple de modification des principes juridiques.

Au commencement, les légataires universels ainsi que les légataires à titre universel étaient considérés comme continuateurs de la personne du défunt. En conséquence, ils étaient tenus des obligations de ces derniers, *ultra vires hereditatis*¹. Ils étaient assimilés aux héritiers de la règle romaine : « *Hi qui in universum jus defuncti succedunt, haereditis loco habentur* » (L. 128 § 1 ff. De R. J.)¹.

Plus tard, commence à se faire une distinction entre légataire à titre universel et légataire universel. Ce dernier seul peut être considéré comme personnellement tenu des dettes de son auteur. L'ayant cause à titre universel, au contraire, n'est pas considéré comme le continuateur de la personne du testateur, il est tenu des obligations comme détenteur des biens chargés de dettes. C'est dans ce sens que la Cass. civ., 14 déc. 1910² se prononce, à l'occasion de savoir si l'ayant cause à titre uni-

1. Ch. Civ., 13 août 1851, D. 51.1.281. Voir la note sous Civ., 13 août 1851, arrêt cité.

2. Voir Civ., 14 décembre 1910, D. 11.1.425, S. 1913.1.468.

versel a le droit de purger les hypothèques grevant un bien *héréditaire*, dont il s'est rendu adjudicataire. L'affirmative a été reconnue, ce qui veut dire que l'adjudicataire n'était pas débiteur personnel du créancier, condition substantielle de la purge

Plus explicite est, dans le sens indiqué, un jugement du tribunal civil de la Seine, déclarant que le légataire à titre universel n'est pas tenu des dettes *ultra vires hereditatis*, pour les raisons suivantes :

« Rien ne relève que les rédacteurs du Code aient jamais vu dans le légataire à titre universel, autre chose qu'un simple successeur aux biens ¹. »

C'est exactement la manière de voir de la Cour de cassation qui est venue postérieurement confirmer cette décision ².

Quant au légataire universel, aujourd'hui, il est considéré comme tenu personnellement des obligations du défunt, dans l'hypothèse seulement où il ne se trouve pas en concours avec les héritiers réservataires ³.

Dans ce cas, il y a la saisine, il est assimilé à un héritier légitime et comme corolaire, il peut être tenu au delà de son émolument.

Inversement s'il vient à la succession, en concurrence avec des héritiers réservataires, n'ayant plus de saisine, il répond des dettes seulement, *intra vires hereditatis* ⁴.

Donc les ayants cause universels, à titre universel sont obligés de toute façon, il n'y a que la proportion qui

1. Trib. Seine, 16 avril 1913, S. 1915.II.103.

2. Cour de Cass., 22 octobre 1918, D. 1922.1.73.

3. Cass., 1^{er} août 1904, S. 1905 et 1.13 et les notes 1 et 2; Cass., 12 mai 1897, S. 1898.1.193, note de M. Wahl.

4. *Sol. regie*, 22 janvier 1901, S. 1903.2.54; voir dans le sens contraire, Trib. civil de Remiremont, 8 novembre, S. 1903.2.54.

change. Au contraire l'ayant cause à titre particulier, sauf le cas où il a pris engagement d'exécuter une obligation (cas où tout se passe conformément aux art. 1134 et 1165), peut être considéré comme un étranger en ce qui concerne toutes obligations, contractées par son auteur, et il peut invoquer cette puissante fin de non recevoir « *Res iner alios acta.* »

c) INAPPLICABILITÉ DE L'ART. 1122 AUX AYANTS CAUSE
A TITRE PARTICULIER.

L'art. 1122 se réfère-t-il à tous les ayants cause, où sa sphère est-elle moins étendue ?

Avant de répondre, il faut faire la même remarque que nous avons faite à l'égard de la notion tiers. C'est une notion mal définie. La même critique peut être adressée au législateur. Il n'a pas eu le moindre souci d'être clair.

Il a employé ce terme sans ajouter un de ses qualificatifs, universels, à titre universel ou à titre particulier. A quelle catégorie d'ayants cause a pensé le législateur, c'est une question à laquelle il est peu facile de donner une réponse, étant donné le manque de clarté de notre article et le mutisme des travaux préparatoires sur ce sujet.

De cette incertitude, il est inévitablement résulté une vive contraverse. La doctrine est divisée :

Une partie voit dans le terme ayant cause une notion absolue, qui s'applique à toutes les personnes qui ont recueilli tout ou partie de leur droit d'un même auteur, à tous ceux qui lui succèdent soit d'une manière universelle, soit d'une façon particulière.

Ce sont les partisans d'une interprétation extensive de l'article 1122. D'après eux, non seulement la classe des ayants cause se divise en ayants cause universels, à titre universel et à titre particulier, mais ils s'accordent à croire que le législateur dans l'art. 1122 ne se réfère qu'aux ayants cause à titre particulier, tandis que les ayants cause à titre universel « sont les héritiers, successeurs ou représentants ¹ ».

« Quand le mot ayant cause est opposé au mot héritier, dit M. Baudry-Lacantinerie, comme dans l'art. 1122, il fait généralement allusion aux ayants cause à titre particuliers ². »

Mais l'opinion, qui groupe la grande majorité des auteurs, et qui, paraît-il, l'a emporté, c'est la conception doctrinale adverse.

Elle est représentée par les civilistes les plus distingués et les plus modernes, dont la compétence indiscutable, ainsi que la force et le luxe d'arguments, réussissent à imposer la thèse sans réserve.

Elle soutient qu'au contraire, la portée, de même que le sens de l'expression ayant cause, doivent être restreints à ceux qui recueillent la totalité ou une quote part du patrimoine, donc à ceux qui succèdent à l'universalité ou à une quote part de cette universalité.

M. le professeur Buffnoir est le plus catégorique. Il s'exprime d'une manière expresse et formelle, qui ne laisse place à aucun doute.

« L'expression « ayant cause », soutient-il, ne peut se prendre dans un sens absolu, car il est par trop évident

1. Demolombe, t. XXIV, p. 261, n° 274.

2. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, p. 272 et n° 211.

qu'elle ne peut pas viser dans l'art. 1122, l'ayant cause à titre particulier. Il serait inadmissible, que ceux qui tiennent d'une personne un droit qui leur a été transmis par elle soient obligés, par le fait même, de rapporter une partie ou toutes les dettes contractées par leurs auteurs. »

« Donc, ce que dit l'art. 1122 ne peut se référer qu'aux ayants cause à titre universel ¹. »

Ce qui plaide encore sérieusement en faveur de l'acceptation de cette thèse doctrinale, en dehors de la grande autorité de ses défenseurs et de leurs arguments (ce qui pouvait être suffisant), c'est une conséquence pratique, résultant de la mise en application de notre article, et qui est assez concluante pour confirmer cette opinion.

Nous avons insisté, sur une différence établie par la doctrine, confirmée par la jurisprudence, à l'égard de la transmissibilité des obligations. A part certaines exceptions sur lesquelles nous insisterons au cours de notre travail, dans un chapitre qui aura pour sujet « l'effet des conventions, activement et passivement, passées par une personne, à l'égard de ses ayants cause à titre particulier », nous avons vu que d'une manière générale, l'ayant cause particulier ne devient pas de plein droit, par le fait du transfert de son droit, tenu d'exécuter les obligations de son auteur.

Donc à son égard les conventions du côté passif ne produisent nul effet.

Mais cette conclusion, cette différence entre les divers ayants cause, n'est-elle pas en contradiction flagrante, et

1. Buffnoir, *Propriété et contrat*, p. 753. M. Buffnoir divise les ayants cause seulement en deux classes : « A titre universel et à titre particulier ». Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e éd., t. II, n^{os} 1176-1178.

catégorique avec les termes : « On est censé avoir stipulé pour soi, ses héritiers et ses ayants cause ».

C'est l'un des deux : Or les termes de l'art. 1122, spécialement « on est censé stipulé », ne sont pas vrais, ou ils ne sont que partiellement justes, et ne s'appliquent qu'aux héritiers, ayants cause niversels et à titre universel, en excluant les ayants cause à titre particulier, qui ne seraient pas compris dans le terme vague et général d'ayants cause.

Devant cette embarrassante situation, les juristes ont apporté leurs différentes explications :

a) Premièrement, on a soutenu que le mot « stipulé » avait la signification de « devenir créancier », c'est donc une notion qui s'opposerait à celle de « promettre ¹. »

Cette interprétation du mot stipulé, d'ailleurs assez critiquable, n'est pas acceptée par tous, même pas par les partisans du premier système explicatif — le système extensif.

Ainsi M. Demolombe, qui soutient l'application de l'art. 1122 aux ayants cause à titre particulier, fait une très juste analyse de l'expression « stipulé ».

« Le mot stipule, déclare-t-il, offre deux acceptations, l'une spéciale et l'autre générale ».

Dans son acceptation spéciale, qui est l'acceptation technique, il signifie devenir créancier et le terme exactement corrélatif de stipuler, pris en ce sens, c'est promettre. Tandis que dans son acceptation générale, moderne et moins scientifique, le mot stipuler signifie contracter et s'applique aux différentes clauses, actives et passives, de la convention.

1. Jossérand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n° 257, p. 125; Planiol et Ripert, dans son sens, le mot « stipulé » désigne le fait du créancier et non du débiteur, t. II, 10^e éd. n° 1176. Lepargneur, *Revue trim. droit civil*, 1924, p. 489, n° 3.

Et plus loin, il montre comment le législateur, dans l'art. 1119, emploie le dit terme dans son acception spéciale, tandis que dans l'art. 1122, il est compris dans son acception générale. Mais il conclut d'une manière inexplicable en disant que l'ayant cause ne succède pas aux promesses consenties par son auteur ¹

En nous référant aux autres auteurs, spécialement aux défenseurs du deuxième système doctrinal, nous remarquons que tous déclarent que stipuler équivaut à contracter. Et d'ailleurs c'est le véritable sens qu'on puisse accorder à cette notion ².

Ainsi Buffnoir dit : « Ne craignez pas de dire : On est censé avoir contracté tant au point de vue actif, qu'au point de vue passif ³. »

Enfin MM. Colin et Capitant ⁴, sur l'interprétation de l'expression « on est censé avoir stipulé » disent : « Formule incomplète, car elle ne vise que les effets actifs du contrat, c'est-à-dire les droits qui en résultent. Or il est bien évident qu'il faut en dire autant des obligations auxquelles il donne naissance. Il faudrait remplacer ici le mot « stipulé » par le mot « contracté ⁴. »

Et alors si l'on est censé avoir contracté, activement et passivement, pour tous ses ayants cause, y compris ceux à titre particulier, si la loi elle-même consacre cette disposition, pourquoi la doctrine dans son unanimité absolue, la jurisprudence ancienne, et une partie de la jurisprudence moderne déclarent-elles que l'ayant cause « n'est pas de plein droit tenu des obligations de son

1. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, n° 259, p. 246, n° 283, p. 268.

2. Larombière, t. I, p. 131, n° 4. Demante et Colinet de Santerre, 2^e éd., t. V, n° 34 bis; Huc, t. VII, n° 55; Baudry-Lacantinerie, *Des obligations*, t. I, 3^e éd. p. 272-273, n° 213.

3. Buffnoir, *op. cit.*, p. 755,

4. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II. p. 312.

auteur ». Et que non seulement les obligations personnelles, qui n'ont aucun rapport avec l'objet transféré, mais même les obligations relatives aux choses transmises, ne passent pas, *ipso facto*, à l'ayant cause particulier.

La conclusion générale qui s'impose est que l'art. 1122 est étranger aux ayants cause à titre particulier. Son application est limitée aux héritiers, ayants cause universels et à titre universel.

Pour ces derniers seuls le terme « est censé » est vrai et l'esprit est juste.

d) L'AYANT CAUSE CONSIDÉRÉ COMME TIERS.

Chez l'ayant cause, nous pouvons trouver la qualité du véritable tiers, auquel fait allusion l'art. 1165. Cet attribut « de tiers », il le présente d'abord pour les actes passés postérieurement au transfert *de son droit*. Et d'ailleurs c'est une conséquence d'une logique élémentaire. S'il peut être représenté, ou mieux s'il peut être considéré comme partie à une convention, conclue par son auteur, il ne peut s'obliger qu'à l'occasion de l'acte qui transfère l'objet auquel il succède et des actes donnant naissance à des droits relatifs à la chose transmise, en un mot il n'est obligé que par les actes passés avant la transmission de son droit.

La doctrine est unanime¹ à accepter cette manière de voir.

1. Laurent, t. XIX, n° 303; Duranton, t. X, p. 256; Aubry et Rau, 5^e éd., t. II, § 176, p. 97, 98; Buffnoir, *op. cit.*, p. 768; Planiol, t. I, p. 116. Colin et Capitant, t. II, p. 313-314.

Et de là résulte une autre différence par rapport aux ayants cause universels et à titre universel.

Ceux-ci sont ayants cause d'une manière générale, c'est-à-dire pour la période de toute la vie de leur auteur, comme pour tous les actes juridiques qu'il a pu accomplir.

Les ayants cause à titre particulier, au contraire, ne le sont que d'une manière relative, à l'égard de certains faits seulement.

Et d'ailleurs, il est encore besoin de préciser que du moment que l'auteur s'est dépouillé de son droit en le transférant, il ne peut revenir plus tard porter atteinte à son successeur à titre particulier. Ce dernier peut efficacement lui opposer la règle *Res inter alios acta*.

Mais, chose bizarre, la qualité de tiers accompagne l'ayant cause même pour les actes antérieurs.

Nous pouvons dire, dès maintenant sans anticiper sur la question que nous aurons l'occasion de traiter dans notre chapitre sur l'ayant cause, qu'il n'hérite que des droits et obligations ayant pour but de modifier, transformer et amoindrir l'étendue de son droit initial.

Mais l'acquisition de ces droits s'explique par d'autres principes juridiques, par les principes qui régissent le transfert de la propriété A le principe *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*, pivot du droit civil et qui veut dire, que « nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a ¹ ».

B) Et, d'autre part, le principe de l'accessoire, autre principe d'origine romaine qui s'exprime ainsi : *Acces-*

1. Josserand, *Cours de droit civil*, t. II, p. 125, n° 257.

Laurent, t. XVI, n° 13, p. 17; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* t. I, p. 284, n° 226; Demolombe, t. XXIX, n° 279-280, p. 446.

sorum sequitur suum principale, en d'autres termes l'accessoire suit le sort de la chose principale, à laquelle il se rattache.

Tous les avantages qui prennent le caractère d'accessoire, c'est le cas des sûretés attachées à une créance, comme les privilèges, les hypothèques, etc., sont régis par ce principe juridique indiqué.

Et alors, la conclusion qui s'impose logiquement est que l'article 1122 ne s'applique pas aux ayants cause à titre particulier. Il est même inutile, comme le disent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde¹, du moment que la justification de la transmission de bénéfices des stipulations est fournie par l'application d'autres principes généraux concernant le transfert d'un bien.

e) LES PERSONNES QUE LE TERME AYANT CAUSE PARTICULIER, SERT A REPRÉSENTER.

[Cherchons maintenant qu'elles sont les personnes auxquelles s'applique cette dénomination d'ayants cause à titre particulier. Certains auteurs considèrent cette notion de façon très large, et comme désignant une multitude de personnes. Ainsi, M. Laborde-Lacoste², dans son excellente thèse intitulée *Essai sur la notion d'ayants cause à titre particulier*, déclare que cette expression comprend, « non seulement l'acheteur, donataire, concessionnaire d'une chose déterminée, mais également les cessionnaires d'un fonds de commerce, les participants à un partage d'ascendants, les donataires des biens pré-

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, n° 226, p. 284.

2. Laborde-Lacoste, thèse Bordeaux, 1916, p. 70.

sents, en un mot tout acquéreur d'une universalité entre vifs, cette universalité étant considérée comme une universalité de faits ».

Et plus loin, d'un terme général, il affirme que « cette notion est susceptible de s'appliquer à un plus grand nombre d'intéressés ». Il se déclare pour une opinion de date assez récente et qui, semble-t-il, est assez solidement justifiée par les arguments exposés dans sa thèse, selon laquelle le créancier chirographaire serait un ayant cause à titre particulier.

C'est exactement le point de vue que défend par des raisons choisies, dans un bel article de la *Revue trimestrielle de droit civil*, M. le professeur Bonnecase¹. Cette conception récente, qui vient une fois de plus de mettre en péril l'existence des anciennes théories consacrées et considérées comme immuables, soutient que :

1° Le créancier chirographaire est indiscutablement un ayant cause.

2° Il est un ayant cause particulier. Nous considérons cette théorie comme repoussée par la logique, la doctrine et la jurisprudence.

a) D'abord l'art. 2092 corroboré avec l'art. 2093 constitue un démenti formel, à cette manière de raisonner. Le créancier chirographaire n'a pas, — et c'est le point de départ de la distinction avec l'ayant cause à titre particulier, — un droit précis sur un bien déterminé du patrimoine de son débiteur. Il possède un droit de gage qui s'étend sur l'ensemble des biens qu'on trouve dans le patrimoine du débiteur au moment où le créancier recourt aux voies d'exécution forcée.

1. Bonnecasse, *Revue trim. droit civil*, 1920, « Condition juridique du créancier chirographaire », p. 103.

Une autre différence, et qui découle de ce que le gage du créancier n'est pas déterminé et précisé, c'est que le débiteur reste maître de son patrimoine, il peut en disposer comme bon lui semble. Dans le cas de l'ayant cause à titre particulier, son auteur ne peut plus disposer de ce droit transféré, parce que « *nemo dat quod non habet* ».

Les aliénations faites — sans fraudes — par le débiteur, sont valables et opposables aux créanciers chirographaires.

Ces derniers n'ont aucun droit de protester contre les transformations et même contre l'anéantissement du patrimoine de leur débiteur, parce qu'ils sont considérés comme ayant ainsi la foi de ce dernier.

Si parmi les auteurs classiques il y en a quelques-uns qui pensent que le créancier chirographaire est un ayant cause, sûrement ils entendent par là un ayant cause à titre universel¹, mais les autres se refusent à lui accorder même cette qualification.

Il est clair que la situation du créancier chirographaire est profondément différente de celle d'ayant cause à titre universel. En effet, le créancier chirographaire n'est pas successeur à proprement parler, il n'a rien acquis de son auteur. Il est bien évident que les obligations contractées par celui-ci ne pourraient pas être poursuivies contre son patrimoine. La conclusion est qu'il y a seulement des points de ressemblance entre les ayants cause à titre universel et les créanciers chirographaires. Nous adoptons intégralement cette opinion quoi-

1. Collin et Capitant, t. II, p. 313.

que l'opinion jurisprudentielle considère le créancier comme un ayant cause à titre universel, qui représente son débiteur à l'occasion de contrats conclus avec d'autres¹.

1. Bourges, 7 novembre 1900, D. 1902.2.124; Poitiers, 14 décembre 1899, D. 1902.2.169, note de M. Capitant.

CHAPITRE IV

LA VÉRITABLE SIGNIFICATION DES EXPRESSIONS « N'ONT D'EFFET », « NE NUISENT ET NE PROFITENT PAS », CONTENUES DANS L'ART. 1165.

- a) *Méthode d'interprétation.*
- b) *Le sens des termes « n'ont d'effet », « ne nuisent et ne profitent pas » :*
 - α) En droit romain ;
 - β) En droit ancien français ;
 - γ) A l'époque de 1804.
- c) Explication de cette dernière interprétation étroite, égoïste, par la conception dominante à la codification : L'individualisme et l'autonomie de la volonté.

a) MÉTHODE D'INTERPRÉTATION.

Dès que nous voulons interpréter les termes « ne nuit » et « ne profite », une autre question se pose, et par là même une nouvelle difficulté surgit. Comment faut-il les interpréter, d'après quelles règles ? Le Code civil, malgré ses 2281 articles, n'indique aucune solution. Les textes ne disent rien sur l'interprétation des lois. D'où l'incertitude qui domine la matière. Le législateur a volontairement passé sans se préoccuper de cette question, d'autant plus que dans le projet du Code civil, il avait inséré les règles d'interprétation, dans l'article 6.

Quelles ont été les considérations qui ont déterminé les auteurs du Code à agir de la sorte ? La réponse n'est pas facile.

Probablement la raison est-elle que les interprètes doi-

vent avoir et garder une pleine liberté d'appréciation et qu'ils ne doivent pas être gênés par des règles fixes, insérées antérieurement dans des textes, car, ainsi que le dit M. Mallieux, « l'interprétation est une question de méthode et non de texte ¹ ».

Mais alors, il nous reste donc à trouver la méthode, ce qui constitue un sérieux embarras, étant donnée la diversité des opinions et la quantité de méthodes contradictoires proposées.

On peut affirmer qu'en droit, il n'y a pas une méthode générale, une méthode fixe et uniforme, comme dans les autres branches de la science. Et le jour où une entente générale régnera sur cette matière des règles d'interprétation est bien loin de nous.

Il y a toujours eu des discussions et il y en aura toujours.

Du reste, cette question d'interprétation, la discussion de ses formes et de sa méthode, ne date pas de si longtemps.

Aussi, immédiatement après la rédaction du Code, on estimait qu'il suffisait d'interpréter littéralement les textes. « C'était le culte du texte et la foi dans sa vertu ². »

Mais la fausseté et les inconvénients de cette opinion traditionnelle ont été démontrés par les faits et les changements survenus dans les conditions sociales, car à la conception de l'absolu et de l'immobilité s'est substituée celle du relatif ³. En conséquence, une méthode nouvelle était nécessaire. Cette méthode nouvelle, créée par d'il-

1. Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, thèse 1908, p. 28.

2. Bonnecasse, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Bordeaux, 1924, p. 9.

3. Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, p.

lustres auteurs, comme MM. Saleilles, Geny, Lambert, Percerou, etc., enseigne que le texte de la loi ne peut être séparé des changements qui intéresseraient la vie sociale, mais qu'au contraire il doit le suivre.

C'est cette méthode que nous adoptons, méthode qui croit que la loi est autre chose, et même plus, que la volonté de son auteur, qu'elle est un produit des besoins, et qu'elle est soumise à l'influence du milieu, des nécessités, des mœurs, et varie, par conséquent, d'une époque à l'autre. Les transformations de la vie sociale amènent un changement dans la législation.

Donc la loi, après sa formation, prend des formes nouvelles, elle s'adapte constamment aux besoins, elle vit d'une vie propre, celle qui lui est fournie par les circonstances.

La méthode d'interprétation logique est de prendre en considération cette évolution.

En ce qui concerne l'article 1165, il y a deux propositions à interpréter :

a) Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ;

b) Et elles ne nuisent et ne profitent pas aux tiers.

C'est d'ailleurs la partie principale de notre thèse ; nous espérons pouvoir, autant que possible, mettre en lumière la portée exacte de ces textes.

Il nous reste, avant d'aborder l'exposé de notre analyse, à rappeler brièvement le plan déjà annoncé et que nous comptons suivre rigoureusement dans le cours de nos développements.

1. Charmont et Chaussée, Les interprètes du code civil, *Livre du centenaire*, t. I, p. 135.

1° Dans une première partie, nous tenons à fixer le sens de cette règle au moment de sa rédaction, à établir en d'autres termes ce qu'a voulu comprendre le législateur par l'énoncé de ce principe.

2° Une fois en possession de ce premier résultat, nous examinerons les commentaires et les interprétations de la jurisprudence et les transformations apportées par elle au sens primitivement conçu.

3° Enfin, nous verrons comment se présente aujourd'hui le sens de ce texte modifié par les juges, sous la pression des nécessités et quelle serait la formule juste pour exprimer actuellement ce principe, de manière qu'il corresponde et qu'il contribue à la création du droit.

Pour mieux résoudre la première question, pour trouver les solutions les plus justes, nous croyons nécessaire d'aller à la source, de chercher la raison qui a dicté la création de cette règle et de voir comment elle a été envisagée en ce temps-là. Nous savons que cette règle est le produit de l'œuvre juridique des Romains. Il faut donc que nous fassions une petite incursion dans le droit romain, qui est resté, comme dit Bigot de Preamenu, « un flambeau dont on suit spontanément la lumière ». C'est là que sont les développements du juste ou de l'injuste. C'est là que s'instruisent tous ceux qui voudraient faire quelques progrès et en général tous ceux qui sont chargés de la défense ou de l'exécution des lois consacrées dans le Code français¹.

1. Bigot Preamenu, Discours pron. séance de Pluviôse. p. 12.

b) LE SENS DES TERMES « N'ONT D'EFFET »,
« NE NUISENT ET NE PROFITENT PAS ».

α) *En droit romain*. — En suivant notre règle à travers le droit romain, dans ses manifestations et ses nombreuses applications, en examinant une des faces sous lesquelles elle se présente et est traduite par la théorie du défaut de lien. *Alteri stipulari nemo potest*, si souvent cité par les jurisconsultes romains, nous arriverons à cette conclusion que cette règle n'a pu être interprétée que de la façon suivante :

On ne peut pas faire résulter d'une convention intervenue entre deux personnes un droit ou une obligation pour d'autres (*aliis*). Par suite, la personne restée en dehors du cercle d'un rapport juridique, n'a pas à subir ou à exercer les actions qui forment l'armature du droit. Ainsi le droit, comme son corrélatif, l'obligation, sont *res inter alios* pour une personne, non partie à un acte juridique.

C'est d'ailleurs la tendance naturelle de l'esprit que pour s'obliger, pour aliéner sa liberté — qui lui appartient dès sa naissance — l'individu doit discuter personnellement les conditions et les charges de son « enchaînement ». C'est, du reste, une exigence de la conception formaliste, d'après laquelle le contrat ne peut être formé qu'entre des personnes présentes. C'est leur volonté exprimée, « les paroles solennelles, échangées entre stipulant et promettant, qui s'opposent à la possibilité d'un engagement pour ou contre le tiers¹ ».

Et ensuite, cette opinion découle de la manière dont

1. Lévy Ulmann, *Rép. écrites*, 1927-1928, p. 448.

les Romains envisageaient un rapport juridique, du rôle de l'individu et spécialement de l'importance donnée à sa volonté, considérée comme créatrice du droit.

« Tout droit est une émanation de la volonté. Il n'y a de rapports juridiques que ceux où cet élément de la volonté se trouve et ils ne le sont que dans la mesure où elle se retrouve ¹. »

Ainsi le sens des mots *Nec nocere, nec prodesse* ne peut être interprété autrement que comme il suit : L'impossibilité pour un rapport obligatoire de produire ses effets juridiques à l'égard d'une personne, dont la volonté n'y est pas intervenue. Cette règle est assez rigoureuse, égoïste et arbitraire, faite, comme dit M. Lambert, « pour l'homme plus mauvais que la nature, et qui ne pense jamais qu'à lui-même ² ».

Sa rigueur excessive tient à ce que, chez nos ancêtres, le principe de la représentation n'était pas reconnu en conséquence de la structure même de la famille. Mais nous ne croyons pas que cette règle ait pu, par ses termes, se référer à un simple avantage ou à un préjudice, qu'une convention pouvait produire pour ou contre une tierce personne. Non seulement l'analyse des textes, l'examen de leur application nous déterminent à accepter cette conclusion, mais également la conception dominante de la législation romaine et l'esprit de son droit privé.

En droit romain existe une certaine liberté des conventions. Nous voyons chantée et louée cette volonté,

1. Jhering, tr. Meulenberg, *L'esprit du droit romain*, t. II, ch. III, § 41, p. 287.

2. Lambert, *Stipulation pour autrui*, thèse, Paris, 1893, p. 5.

« base de leur droit privé », mais nous ne trouvons pas d'autonomie de la volonté¹.

Dans le droit romain dominait le droit de la cité, auquel était soumis le droit de l'individu. Le particulier pouvait contracter, à la condition de respecter les lois préservant les bonnes mœurs et de se soumettre à ce formalisme étroit qui indique suffisamment l'intervention de la société dans la formation des rapports juridiques entre particuliers. La société présidait donc à la conclusion des conventions.

On connaît le célèbre adage : « *Ex nudo pacto actio non nascitur* » (Paul, sent. 2.14.1).

Donc, on est loin de penser qu'en droit romain existait véritablement l'autonomie de la volonté.

La volonté, à elle seule, ne pouvait, en dépit de toutes les affirmations contraires, engendrer des rapports juridiques qu'après avoir été admise par le droit, ainsi qu'il résulte de la simple lecture de la définition donnée à l'*obligatio*.

« *L'obligation est vinculum juris quo necessitate adstringimur, alicuius, solvendae rei secundum nostrae, CIVITATIS JURIS*¹. »

Donc, à Rome, existait une volonté, mais une volonté limitée d'avance, une volonté qui était, dans ce temps-là, une grande conquête par rapport à la situation antérieure mais qui n'est pas comparable à la volonté, telle qu'elle est comprise et définie en 1804.

β) *En droit ancien français.* — Si nous passons à

1. Tison, *Autonomie de la volonté dans l'ancien droit*, thèse, Paris, 1931, p. 15 et s.

2. Tisson, *Autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, thèse, p. 17.

l'examen du droit ancien français, nous rencontrons le même principe et, on peut l'exprimer dès maintenant, avec la même portée.

La jurisprudence comme la doctrine reconnaissent que l'effet d'une convention ne régit que les parties contractantes : *Pacta personas paciscentium non aegrediuntur, nec ad alios extenduntur*¹.

Il a été souvent jugé qu'on n'a d'action qu'avec ceux avec qui on a traité, sans considérer ceux qui profitent de la créance. Et nous nous permettons de relater quelques cas, quelques arrêts qui appuieront notre affirmation.

Ainsi les consuls avaient condamné, par un arrêt du 26 mai 1691, les nommés Dangimont et Mouton, maîtres d'hôtel des ambassadeurs d'Espagne, à payer à la veuve Aveline le montant de fournitures arrêtées par Mouton et Dangimont, au bas des mémoires.

Ils attaquèrent cet arrêt et soutinrent qu'ils n'avaient pas promis de payer, leurs arrêtés ne devant être regardés que comme certificats de fournitures et que la veuve Aveline devait s'imputer à elle-même d'avoir laissé partir les « ambassadeurs sans leur demander son payement ».

Un arrêt du 7 juillet 1738 reconnaît fondés les arguments invoqués par les appelants et en conséquence infirme la sentence des consuls, en condamnant la veuve Aveline à payer les frais du procès.

M. Denisart, en commentant les deux arrêts, en tire comme conclusion que les maîtres ne sont pas obligés de

1. Bacquet, Œuvres : *Traité des droits de justice*, 1664, ch. XXI, p. 184, § 245.

payer les crédits faits à leurs domestiques sans leur ordre, ils sont déchargés des demandes des fournisseurs, en affirmant avoir donné aux domestiques l'argent nécessaire pour payer les dépenses de la maison ¹.

Donc, d'un contrat ne peut résulter un effet actif ou passif à l'égard d'une tierce personne, même si cette dernière en a profité. Il n'existait pas, à ce moment-là, l'*actio de in rem verso*, qui sanctionne l'enrichissement sans cause.

Voilà une stricte application du principe concernant l'effet relatif des conventions. Mouton et Dangimont, maîtres d'hôtel, ont été déchargés en appel, pour le motif qu'ils n'avaient pas promis de payer, qu'ils ne s'étaient pas obligés envers la marchande, en d'autres termes qu'ils étaient par rapport au contrat d'achat intervenu, *penitus extranei*.

Dans le même sens, Dupérier nous indique la solution donnée à l'occasion de la prétention d'un créancier d'avoir comme obligés — débiteurs — les enfants d'un père insolvable, auquel on a fait crédit en vue de les entretenir.

La même réponse négative fut donnée dans un arrêt du Parlement d'Aix, en date du 27 février 1640 ; il s'agissait du paiement des médicaments fournis pour les enfants d'un certain Charles Gayot ². Cette solution, que le créancier ne peut prétendre à une action contre le fils qui a profité de son argent, s'explique par les considérations exposées plus haut : inexistence d'un rapport

1. Denisart, *Collection de jurisprudence*, t. IV, sous le mot « Maître », p. 119-120.

2. Dupérier, *Œuvres : Questions notables*, L. IV, quest. 23, p. 379-380.

obligatoire entre lui et le créancier, impossibilité de faire résulter d'une convention un droit ou une obligation pour une personne étrangère, mais au contraire possibilité pour cette personne de profiter des avantages ou de subir les désavantages résultant de ladite convention.

Chez Bacquet¹, dans son *Traité des droits de justice*, on trouve exprimée d'une manière plus précise encore la signification de l'ancienne règle romaine *Res inter alios acta*. Ainsi le créancier n'a d'action que contre celui avec lequel ou en considération duquel il a contracté et qu'il a voulu avoir pour débiteur. Plus loin, il dit encore : « Les conventions des contractants ne doivent avoir effet, outre leur vouloir et leur intention. »

Pour en finir avec l'ancien droit français et pour caractériser la conception de la doctrine sur cette matière, il faut faire connaître l'opinion du célèbre jurisconsulte Pothier qui, à la finesse de la pensée et à la subtilité juridique, joint une grande clarté d'exposition.

Dans son *Traité de droit civil*, il dit : « La convention étant formée par la volonté des parties contractantes, elle ne peut avoir d'effet qu'entre ces parties. »

Il étudie ensuite la justesse du principe et son application. Sa base est une raison d'évidence : les conventions qui donnent naissance à des obligations et à des droits, étant formées par le consentement et le concours des volontés des parties, elles ne peuvent obliger ou donner de droit à un tiers, dont la volonté n'a pas concouru à la formation de l'acte².

On ne peut être plus clair. Il n'y a pas besoin, je l'es-

1. Bacquet, *Traité des droits de justice*, l'an 1664, ch. XXI, § 245. p. 184.

2. Pothier, *Traité des obligations*, n^{os} 85-87.

père, d'insister davantage sur la véritable signification de la règle *Res inter alios acta* dans l'ancien droit français. Elle a gardé le même sens et presque la même rigueur qu'au moment de sa naissance. Elle est considérée comme une règle de bon sens, reposant sur des principes naturels, en parfait accord avec la réalité des choses et indispensable dans une société à rapports juridiques compliqués. Voilà quels sont ses caractères.

Il semble donc, à première vue, qu'à cette époque, comme dans l'ancienne Rome, on ne s'occupe que de l'existence de l'acte juridique et de ses conséquences immédiates.

On n'envisage pas cette question de profit ou de perte qu'un acte peut entraîner pour les autres. Et ceci pour deux raisons :

a) Dans l'ancien droit français, on n'avait qu'une notion, bien sommaire et peu claire, de la solidarité sociale. On croyait que les hommes en se réunissant ont voulu avoir un appui commun pour soutenir leur faiblesse particulière. Dans ce nouvel ordre donc, les hommes ne traitent plus entre eux, sans l'influence de la société.

D'autre part, un autre grand jurisconsulte, Domat, en analysant la nature de l'homme, sa ressemblance à Dieu, déclare que : « Dieu a mis les hommes en société pour les y lier, par l'amour mutuel, de telle manière que tout homme soit disposé à produire envers tout autre les effets de cet amour, selon que l'occasion peut l'y obliger ; il a rendu nécessaire dans la société une féconde espèce d'engagements qui approchent et lient différemment toute sorte de personnes et souvent même ceux qui sont l'un à l'autre les plus étrangers. »

» C'est pour former cette seconde sorte d'engagements que Dieu multiplie les besoins des hommes ¹. »

C'est donc une solidarité d'origine divine et entretenue grâce aux rapports juridiques

b) Il n'y avait pas dans ce temps d'autonomie de la volonté. Il n'en est pas moins vrai qu'à l'heure présente, plusieurs auteurs sont d'avis contraire. Leur opinion se fonde et s'appuie sur deux principes qu'on trouve dans l'ancien et même dans le très ancien droit français.

Le premier est énoncé dans ces termes : « Convenances vainquent lois » ou selon l'adage de Loysel : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole. » Mais il faut bien saisir le sens de cette maxime. Loysel prend d'ailleurs lui-même la peine de dégager son importance et de l'interpréter. D'après lui, le véritable sens serait simplement que « les conventions font la loi des parties ».

M. le professeur Eismein se déclare contre cette interprétation, car, d'après lui, dans le très ancien droit français, vers le XIII^e siècle, la maxime avait une autre signification ; et à propos d'une décision de la Cour des Bourgeois, il ajoute qu'elle voulait dire que, « quoique les coutumes attribuassent les biens d'une personne à ses héritiers du sang, elles ne lui défendaient pas d'en disposer pendant sa vie par une convention valable », mais on ne disait point par là à quelles conditions la convention était obligatoire.²

Et ensuite, même si la liberté des conventions avait été traduite indiscutablement par la dite maxime, cela ne voudrait pas dire qu'il y avait alors une autonomie de la volonté.

1. Domat, *Traité des lois*, t. I, ch. IV, § 1.

2. Esmein, *Etude sur le contrat dans le très ancien droit français*, p. 29.

« La liberté de contracter n'est pas la même chose que l'autonomie de la volonté, qui est le pouvoir de se régir par ses lois propres ¹.

B. Un autre principe, dont la naissance peut être fixée au XIII^e siècle, est celui par lequel le consentement suffit pour s'obliger : *Solus consensus obligat* .

Mais ce dernier non plus n'aide pas à soutenir la thèse d'une véritable autonomie de la volonté. Il ne se réfère, comme le démontre admirablement M. Tison, qu'à la disparition du formalisme inutile et barbare, héritage du droit romain ².

Il suffit dorénavant, pour s'engager légalement, de donner son consentement ; le contractant n'est plus soumis à cette série de formalités encombrantes et dont il ne pouvait résulter que des désavantages ³.

γ) *A l'époque de 1804.* — Après avoir recherché, dans le but de faciliter notre tâche, quel était le sens donné à l'expression « n'ont d'effet », « ne nuisent et ne profitent pas » dans le droit romain et dans l'ancien droit, nous ferons cette même étude pour l'époque du Code civil.

Evidemment, par cette proposition que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, le législateur n'a fait que préciser, consolider et compléter la règle exprimée d'une manière plus générale dans l'art. 1134 avec la signification qu'on lui donnait en droit romain et en ancien droit français. Mais, par la deuxième

1. Tisson, *op. cit.*, p. 81 et s.

2. Tisson, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit ancien français*, p. 22.

3. Esmein, *op. cit.*, p. 34.

phrase, « les conventions ne nuisent et ne profitent » à l'égard des tiers, l'auteur de cet article n'a-t-il songé qu'à répéter le premier alinéa du dit article, où a-t-il cherché à porter quelque atteinte au principe séculaire, et au sens que lui ont donné les anciens ?

D'après les termes employés, qui seuls nous permettent de traduire l'intention probable de leurs auteurs, en l'absence de tout autre moyen, nous croyons qu'il s'agit ici d'une innovation et que les derniers mots expriment une notion juridique autre que celle d'effet. Notre raisonnement se fonde donc d'abord sur l'interprétation logique et grammaticale de l'art. 1165.

En déclarant que les conventions « n'ont d'effet », notre article s'occupe de l'effet obligatoire, l'effet juridique d'une convention, du droit et de l'obligation qui résultent d'un rapport juridique, et en même temps de l'action qui protège le droit et sanctionne l'obligation.

Mais si les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, si leur efficacité est expressément limitée par les termes de la loi, logiquement il est inutile de parler de leurs effets à l'égard des tiers.

Nous ne pouvons penser un instant, que le législateur ait cru nécessaire de revenir par une proposition complémentaire sur ce qu'il avait dit plus haut, et qui était déjà assez clair. Ce travail aurait été inutile et incompatible avec le rôle des juristes. Cette conclusion ne peut donc être admise par la logique. Par conséquent, la deuxième règle, loin d'être une explication de la première, envisage les simples conséquences qui découlent naturellement de l'existence d'un acte juridique. C'est l'innovation que le législateur apporte. D'ailleurs, la simple traduction de « ne nuisent et ne profitent pas » est

concluante. La signification de ces mots ne laisse aujourd'hui aucun doute. On ne peut prétendre que ce soit la traduction du texte romain : *Nec nocere, ne prodesse potest*. La langue française est plus riche que la langue romaine. Il existe aujourd'hui dans le langage juridique des termes spéciaux, des termes techniques, grâce auxquels on peut saisir les différences de degrés et de nuances.

Nous regrettons que rien dans les travaux préparatoires, aucune discussion à l'occasion du vote n'existe pour confirmer ou infirmer notre opinion, basée jusqu'à présent sur la logique et le bon sens.

Dans la doctrine de cette époque nous ne trouvons également aucune preuve.

Tous les auteurs se complaisent à répéter cette règle sans aucun commentaire, sans faire d'autre remarque sur ce principe, que celle-ci, que c'est un principe de bon sens, d'évidence et que sa place n'était pas dans un Code. Mais ils ne se donnent pas la peine d'expliquer ce texte en détail, ni d'interpréter le sens et la portée des règles qu'il contient. Plus tard évidemment, vers la fin de la première moitié du XIX^e siècle, les auteurs font une analyse plus complète, mais elle ne présente pas beaucoup d'intérêt pour notre étude actuelle, parce que sensiblement influencée par la jurisprudence, elle ne tient compte que des nécessités de l'époque et ne peut en rien nous être utile pour comprendre l'esprit du législateur de 1804.

Heureusement, dans la jurisprudence, nous trouvons quelques arrêts des environs de 1804, qui viennent confirmer pleinement notre opinion.

Voici, par exemple, une décision de la Cour de cassation en date du 29 décembre 1818.

L'espèce était la suivante :

Une concession concernant la jouissance de cent neuf arpents de terre, pour le passage des bestiaux, avait été faite par les seigneurs de Trancault aux habitants de la commune de Trancault. Les ayants cause des concédants contestèrent aux habitants ce droit d'usage et soutinrent qu'à l'origine il n'avait été qu'une simple tolérance.

A l'appui de leur thèse, ils invoquaient un acte authentique, passé entre les habitants et le commissaire du roi, dans lequel les habitants déclaraient formellement qu'ils n'avaient fait aucune acquisition et que le droit d'usage n'était qu'un droit de simple souffrance.

Les habitants opposaient spécialement que les demandeurs ne pouvaient invoquer les conventions du dit acte, puisqu'ils y avaient été complètement étrangers, et que, conformément à l'article 1165 Code civ., les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Malgré les arguments invoqués, le jugement du tribunal de Nogent-sur-Seine du 1^{er} mars 1815 donna gain de cause aux demandeurs.

La Cour d'appel confirma ce jugement, mais la Cour de cassation, sur le pourvoi fait par les habitants, cassa l'arrêt pour violation de l'article 1165.

« Attendu, dit-elle, que la prétention du sieur et de la dame Guérin a été accueillie par la Cour de Paris, en vertu de la déclaration faite le 14 mars 1640 par les habitants, lors de l'envoi des commissaires du roi, pour la recherche des droits d'amortissements, que d'après l'article 1165 Code civ, les propriétaires de la terre de Trancault n'ont pu se prévaloir de cette déclaration, puisqu'ils n'ont pas été partie, à qui la contient, les conventions n'ayant d'effet qu'entre les parties contractantes ¹. »

1. Cour de cass. du 29 décembre 1818, S. 1919.1.292.

De même, sur la question d'ailleurs secondaire de savoir si une *ratification* faite par une personne dans un contrat, en espèce un contrat de mariage, peut lui être opposée par une autre qui n'était point partie à l'acte, la Cour d'appel de Metz répond négativement : « Considérant que d'ailleurs le contrat de mariage étant un acte absolument étranger à la demanderesse, elle ne peut par là même tirer de lui aucun avantage¹. »

Ensuite, on peut reprendre à ce sujet les nombreux arrêts que nous avons vus, concernant la preuve d'un droit et qui s'opposent, en général, à ce qu'une personne étrangère à sa formation puisse l'invoquer.

Si on admet le contraire pour les droits dits absolus, « c'est pour ne pas ébranler leur existence. » C'est une exception, mais qui confirme la règle.

c) EXPLICATION DE CETTE DERNIÈRE INTERPRÉTATION ÉTROITE, ÉGOÏSTE, PAR LA CONCEPTION DOMINANTE À LA CODIFICATION : L'INDIVIDUALISME ET L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.

Cette conception étroite, même égoïste, qu'une convention ne peut produire le moindre avantage ou désavantage à un tiers, conception qui est insérée dans les termes catégoriques de l'article 1165, que les conventions ne nuisent et ne profitent pas aux autres, s'explique par l'esprit général du droit qui régnait à l'époque de la codification.

C'était le concept individualiste qui dominait l'idée de l'absolutisme et de l'autonomie de la volonté individuelle,

¹. Metz, 28 novembre 1817, S. 1819.2.142; v. dans le même sens, Cass. du 20 juin 1827, S. 1827.1.367.

conceptions qui peuvent être considérées comme le produit direct de la Révolution française, révolution qui marque une étape importante dans le progrès.

Elle se préoccupe de l'individu, de son indépendance et de sa liberté sans limite.

« C'est l'époque de l'affranchissement complet de la personne humaine, sa libération par rapport aux servitudes intérieures ou extérieures, civiles ou morales¹. »

L'homme est considéré comme délié de tous les rapports qui peuvent entraver sa liberté.

Il est considéré comme un véritable Robinson, jeté dans une île déserte, comme pouvant se suffire à lui-même. C'était la conception de l'individu fin en soi. « Tout doit aboutir à son existence et à son développement, l'Etat est un moyen, un tributaire de l'individu pour la satisfaction de ses besoins². »

C'était un individualisme véritablement révolutionnaire, un individualisme même anarchique.

Et c'est dans cet état d'esprit, dans cette atmosphère favorable à l'idée de liberté, au respect de la personne humaine, de sa volonté et de son indépendance, qu'a été insérée la règle de l'article 1134 qui traduit le principe de l'autonomie de la volonté avec ses deux conséquences :

1° Que nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu ;

2° Tout engagement eest licite³.

C'est également dans cet état d'esprit qu'a été formulé l'article 1165 qui veut dire ou plus exactement voulait dire : 1° Que nul ne peut par son action faire naître un droit ou engendrer une obligation, en faveur ou à la

1. Henry Michel, *L'Idée de l'Etat*, p. 60.

2 Espinas, *La philosophie sociale du XVIII^e siècle et la Révolution*, p. 134.

3. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p. 61.

charge d'une tierce personne, qui n'a participé ni directement, ni indirectement à cet acte ; 2° en second lieu, que nul ne peut ni augmenter, ni restreindre le droit d'un tiers.

C'est la consécration d'une règle plus générale que l'individu ne peut par ses actes troubler la situation morale ou matérielle des autres citoyens.

1. Maxime Leroy, *op.*, Préface : Par la législ. nap., nous pouvons connaître la mentalité de la France du xviii^e siècle, et de la Révolution à l'Empire.

DEUXIÈME PARTIE

Considérations générales sur cet état d'esprit de 1804 et sur cette interprétation de la règle « Res inter alios acta ».

CHAPITRE PREMIER

LES CONSEQUENCES DECOULANT DE CETTE CONCEPTION ETROITE.

- a) *Exceptions à la règle Res inter alios dans le Code civil.*
- b) *Exceptions par les dispositions législatives postérieures.*

1° La conception régnante à l'époque de la codification était exagérée. Quant à la règle qui nous intéresse, quoique à cette date elle parût une règle de bon sens, d'évidence, de logique et même d'équité, elle était étroite et même erronée. Sa formule, comme son esprit, était la conséquence de cette idée dominante de l'individualisme et de son aspect juridique, l'autonomie de la volonté.

Mais de plus elle était critiquable par les conséquences défavorables qu'elle produisait, c'était une entrave au progrès de la vie sociale.

a) EXCEPTIONS A LA RÈGLE « *Res inter alios* »

DANS LE CODE CIVIL.

C'est à cause de cela que le législateur a été obligé de lui apporter un nombre considérable d'exceptions :

D'abord dans le Code lui-même, un grand nombre d'articles échappent à l'application de la règle, par exemple les articles 132, 695, 724, 859, 1135, 1218, 1210, 1241, 1236, al. 2, 1274, 1285, 1375, 1429, 1672, 1673, 1743, 1860, Code civil et les articles 506, 507, 516, Code com.

b) EXCEPTIONS PAR LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

POSTÉRIEURES.

Ensuite, une série de lois et décrets donnent un démenti formel au principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent et ne profitent pas au tiers.

La loi du 21 juin 1865¹ sur les associations syndicales ayant pour but l'exécution des travaux d'utilité publique, dans son titre III, art. 12, pose une règle contraire à celle de l'autonomie de la volonté. Le législateur statue que la décision de la majorité engage la minorité.

« Si la majorité des intéressés (il s'agit des propriétaires) représentant au moins les deux tiers de la superficie des terrains ou les deux tiers des intéressés, représentant la moitié, ont donné leur adhésion, le préfet autorise s'il y a lieu l'association » (art. 12).

Auparavant, une disposition contraire était insérée dans le décret du 28 mars 1852, en vertu duquel l'association ne pouvait être constituée qu'avec le consentement unanime des propriétaires, sauf le cas d'un décret.

Les raisons qui ont dicté cette mesure législative, et

¹ 1. Duvergier, Collection complète des lois, t. 65, p. 289.

qui se trouvent dans l'exposé des motifs, étaient des raisons d'intérêts.

« La nouvelle loi, dit cet exposé, attribue au préfet le pouvoir de vaincre une résistance contraire aux intérêts du plus grand nombre, alors qu'il s'agit de travaux obligatoires, c'est-à-dire présentant un intérêt de conservation et de défense. »

Cette mesure est maintenue jusqu'à présent sous la réserve de certaines modifications apportées par la loi du 22 décembre, art. 5, et du décret du 21 décembre 1926¹, art. 4.

Une autre loi est celle du 9 avril 1898, qui concerne la responsabilité du maître en cas d'accidents survenus aux ouvriers pendant leur travail.

Selon cette loi, le patron est obligé de payer une indemnité à la victime ou à ses représentants. Voici donc une personne obligée à l'insu et contre sa volonté sans avoir commis de faute. C'est une sensible limitation du sens de l'article 1165. Cette loi a été complétée par d'autres lois postérieures : celle du 31 mars 1905 et celle du 22 août 1913.

Une autre exception à la règle « que les conventions ont un effet relatif » est celle de la loi du 17 mars 1909², relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce.

Dans son article 7, cette loi, en se référant au cas où un fonds de commerce fait l'objet d'un apport en société, déclare que tout créancier qui a fait un apport doit le faire connaître au greffier du tribunal de commerce, où le dépôt de l'acte a eu lieu, dans un délai de 15 jours.

1. *Journ. off.*, du 24 décembre 1926.

2. *Journ. off.*, du 19 mars 1909.

Cette formalité produit une importante conséquence, car, en cas de non-annulation de la société, cette dernière est tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié ¹.

On peut citer aussi la loi du 22 novembre 1918, ayant pour objet la garantie aux mobilisés de la reprise de leur contrat de travail. C'est une mesure qui est venue obliger les patrons sans tenir compte de leur volonté, à favoriser ceux qui avaient dû interrompre l'exécution de leur convention à cause de la guerre.

Cette mesure était utile, mais très peu efficace, car si le patron était obligé contre sa volonté de reprendre en son service un démobilisé, il pouvait le congédier conformément au droit commun, aussitôt après.

Une loi plus récente est celle du 13 juillet 1930, sur le contrat d'assurance, qui vient, comme nous le verrons plus tard, en étudiant l'action directe et « les ayants cause à titre particulier », trancher une question depuis longtemps controversée et qui a été résolue dans le même sens par la jurisprudence. Elle constitue le démenti le plus catégorique à la règle *Res inter alios acta* interprétée dans son sens le plus étroit, par ses articles 19 et 36.

Enfin, le contrat collectif, le contrat de travail, sont aussi des dérogations à l'article 1165, car : 1° la majorité décide pour la minorité ; 2° un contrat individuel ne peut déroger à cette décision.

1. Cette dernière disposition ne profitera qu'aux créanciers qui, en se faisant connaître, auront mis les coassociés à même de poursuivre l'annulation de la société et de s'affranchir. En passif, prevant le forcé du chef de celui qui en a fait l'apport (Duvergier, op. cit., t. 109, p.197, note 1).

CHAPITRE II

LES DEROGATIONS APPORTEES PAR LA JURISPRUDENCE : ADMISSION DE L' « ACTIO DE IN REM VERSO ».

Evolution jurisprudentielle en cette matière.

- a) Refus d'admettre l'action de *in rem verso* ;
- b) Assimilation de l'*in rem versum* avec la gestion d'affaire ;
- c) La reconnaissance de l'*in rem versum* comme une source indépendante d'obligations ;
- d) Son domaine d'application.
- e) Conclusion.

C'est la jurisprudence qui, poussée par les nécessités pratiques, a apporté les dérogations les plus manifestes à l'esprit de l'article 1165, au principe individualiste de l'autonomie de la volonté, consacré par la Révolution dans la déclaration des droits, et qui a pénétré la législation jusqu'en 1804.

Et c'est normal. Lorsque les normes juridiques sont définies de façon précise, quand leur solution ne laisse aucun doute, l'interprétation du juge concorde avec l'esprit de l'auteur. Mais si la disposition législative est en contradiction avec les nécessités pratiques, le rôle de la jurisprudence est d'adapter le texte aux besoins de la vie, afin de le rendre viable.

Une des questions que l'on ne trouve pas traitée

tout au moins d'une manière à la fois précise et générale dans le Code civil et qui fera l'objet d'une étude sommaire de notre part, c'est celle de l'enrichissement sans cause, dont l'origine très ancienne se trouve dans le principe romain : *Jure naturæ æquem est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletior*¹.

Il y a dans le Code civil un certain nombre d'articles qui sont considérés comme l'application du principe que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui², art. 548, 554, 555, 570, 594, 861, 862, 1241, 1312, 1296, 1381, 1673, 1847, 1926, 2175³.

Mais en dehors des cas indiqués, il n'y avait pas de principe général, qui puisse s'appliquer à la multitude de cas et à la variété des hypothèses possibles. La jurisprudence, en dehors des cas prévus, ne pouvait se fonder sur aucun principe inscrit dans le Code civil⁴, il n'y avait pas une théorie générale de l'*in rem versum*.

C'est au cours des débats judiciaires, comme le dit dans sa thèse M. Stoïcesco, aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de Bucarest, que s'est formée et fixée cette théorie de l'enrichissement sans cause⁵. Evidemment, c'est une institution d'origine jurisprudentielle, mais la part de la doctrine n'est pas moindre, car un grand nombre d'études ont été faites sur cette institution.

Notre étude ne portera, ni sur son fondement moral et équitable, ni sur ses conditions essentielles, ni sur son caractère subsidiaire.

Nous n'examinerons cette règle juridique, ainsi que

1. 206 D. de *regulis juris*, p. 17.

2. Theodorof, *De l'enrichissement sans cause*, p. 27.

3. Paul Chaîne, *Enrichissement sans cause*, p. 13.

4. Rouast, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, p. 112.

5. Stoicesco, *L'enrichissement sans cause*, p. 28.

l'action qui lui sert de support, qu'autant qu'elle constitue une exception, un démenti plus ou moins catégorique à la règle de l'article 1165.

Nous suivrons la marche de l'évolution lente et hésitante de cette règle, pour mettre en relief la façon dont l'interprète, petit à petit, est venu élargir la sphère du principe de l'*in rem versum* et de l'action de *in rem verso*, à mesure qu'elle devenait plus utile dans les relations de la vie juridique.

En général, on s'accorde à diviser cette évolution en deux périodes, l'une antérieure, l'autre postérieure à 1892, date qui correspond à un grand arrêt du principe, grâce auquel la règle fut consacrée comme une norme indépendante d'une légalité indiscutable.

On peut également considérer dans cette évolution trois phases : 1° le refus d'accepter cette règle, sa négation ; 2° l'assimilation avec la gestion d'affaire et enfin ; 3° la consécration de cette institution, comme véritable source d'obligation ².

EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE EN CETTE MATIÈRE.

Cette évolution n'est pas seulement celle de l'interprétation jurisprudentielle, il y a aussi celle de l'interprétation doctrinale, aussi compliquée, et qui a parcouru les mêmes étapes et pris les mêmes formes.

La consécration par la jurisprudence de l'action de *in rem verso*, comme sanction de l'enrichissement sans cause, l'admission de ce dernier comme source indé-

1. Almosnino, L'enrichissement sans cause et son caractère subsidiaire p. 11. Renard, *De l'enrichissement sans cause en droit français*, p. 11.

2. Vergniaud, *L'enrichissement sans cause*, p. 10-11. Renard, *op. cit.*, p. 11.

pendante d'obligations, la reconnaissance de ce principe si humain et si équitable que « nul ne peut s'enrichir au dépend d'autrui » marquent une étape importante dans l'évolution du droit et une orientation dans une voie nouvelle, méconnaissant ouvertement les principes considérés jusqu'alors comme fermement institués et définitivement acquis.

D'abord, elles proclament implicitement, en rendant légale la répétition de l'indû, l'applicabilité dans les rapports de la vie pratique du droit naturel, ce qui constitue le rêve d'une justice plus haute, d'une justice idéale, qui a toujours hanté le cœur humain¹ ; c'est ce droit naturel qui est le but vers lequel est dirigée la législation, la perfection que le droit positif désire atteindre.

Mais on peut dire aussi qu'elles portent un coup décisif à l'individualisme, ce principe que le mouvement social de 1789 ne se contentait pas d'admettre comme une simple doctrine qui aurait dominé à l'époque, mais élevait au rang d'un dogme intangible.

L'action de *in rem verso* est la négation du postulat cher au législateur de 1804, l'idée de l'indépendance des individus, qui se trouve insérée dans deux importants articles, qui sont la clef des obligations, la base même du droit civil, les articles 1165 et 1134.

On ne peut pas nier la contradiction qu'elle apporte à la vieille règle *Res inter alios acta*, au principe qu'on ne peut pas être obligé sans et contre sa volonté, qu'une obligation n'a pas un effet absolu, mais un effet relatif et que, par conséquent, elle ne peut avoir d'effet que pour ce qui a été convenu, et qu'à l'égard de ceux entre lesquels elle est intervenue.

1. Tarde, *Les transformations du droit civil*, ch. VI¹, p. 142.

La nécessité dont est né le progrès a brisé le cadre étroit des principes du Code civil établis dans un moment d'enthousiasme pour l'individu et sa liberté.

L'idée que chaque individu forme un petit monde à part, ayant son existence indépendante et son originalité propre¹, est contraire à la réalité des choses, au progrès effectué dans le domaine économo-social, à l'indépendance économique. On a dû admettre à côté du contrat, œuvre du consentement des parties obligées, d'autres institutions juridiques réglementant les relations humaines et liant les patrimoines. Cette conciliation impérieusement nécessaire entre la vie et la rigidité des concepts juridiques, a été l'œuvre de la jurisprudence, qui au commencement se montrait froide, méfiante et hésitante envers cette notion, plus élastique et plus subtile de l'équilibre dans les relations pratiques, équilibre commandé par une idée de haute moralité.

Il a fallu du temps pour qu'on reconnaisse qu'un individu peut être obligé en dehors du contrat et de la loi, seuls moyens que le Code affirmait légaux, et cette reconnaissance s'est faite par le mécanisme du hasard, en raison du profit qui pouvait lui advenir directement ou indirectement.

L'acceptation de ce principe, issu du droit naturel qui, en vue d'une meilleure répartition de la justice, défend à chacun de s'enrichir au dépens d'autrui, cette justification de l'obligation d'une personne étrangère à tout rapport juridique et qui n'a consenti pas même, tacitement, à être engagée, son adoption comme principe de droit indiscutable et certain² se heurtait à des obstacles très sérieux, presque insurmontables.

1. Georges Palante, *Combat pour l'individu*, ch. XV, p. 203.

2. Loubers, *Revue critique de jurispr. et légis.*, 1912, p. 396.

La fin de non-recevoir qu'opposaient les juges à une action directe basée sur l'équité, sur le droit naturel et sur ses beaux principes moraux, était le respect rigoureux du grand principe de l'autonomie de la volonté, cette façade de l'individualisme, l'effet relatif des conventions, édicté par l'article 1165 et les conséquences accessoires qui s'y rattachent, la sécurité des relations juridiques.

Et puis, l'*actio de in rem verso*, qui devait servir de sanction à cette nouvelle source d'obligations, n'était expressément admise que dans la matière des sociétés dans l'article 1864 Code civ. C'était un argument assez fort qui opposait un obstacle difficile à écarter, si l'on pense que la conception exégétique, qui a dominé presque les trois-quarts du XIX^e siècle, n'admettait pas un droit ou une obligation en dehors du texte ou contre un texte.

Il est donc de toute importance de suivre le travail dur et lent des juges, dans le but de la reconnaître comme une véritable source de droits et obligations, il est également utile de marquer les étapes par lesquelles ils y sont arrivés et de justifier leurs décisions. Mais ceci n'entre pas dans notre dessein.

Ce qui nous intéresse est de mettre en relief le renversement de la règle « que les conventions n'ont d'effet et ne nuisent au tiers », considérée par Pothier comme une vérité évidente, l'ignorance de cette règle par la jurisprudence, malgré les opinions contraires d'illustres auteurs qui, comme partisans de l'individualisme, la défendent avec ardeur, utilisant leur grand talent pour chercher, par des explications subtiles et ingénieuses, à concilier les nécessités de la vie avec les principes vieillissants et condamnés du Code civil.

Comme nous l'avions déjà dit et pour les raisons annoncées, la jurisprudence a été hostile dans la première moitié du xix^e siècle à l'acceptation de l'action de *in rem verso*, qui dans ce temps était une notion vague, mal définie et souvent confondue avec la gestion d'affaires sous l'étiquette de laquelle elle recevait d'ailleurs souvent satisfaction.

a) *Refus d'admettre l'actio de in rem verso.*

Commençons par l'exposition brève de quelques arrêts et de leurs considérants, qui rejettent formellement le droit du demandeur d'intenter une action directe, — contre un tiers, avec qui ne le liait aucune relation juridique, — à raison seulement du profit que ce dernier aurait tiré par le jeu de circonstances économiques.

1^o Ainsi relativement au remplacement en matière de services militaires, la jurisprudence a eu souvent l'occasion de se prononcer, en établissant que le remplaçant n'a aucun recours pour le paiement du prix contre le remplacé, lorsqu'il a traité non avec le remplacé lui-même, mais avec un tiers (plus souvent une société) qui a pris à sa charge un double engagement, envers le remplacé, de faire faire le remplacement et vis-à-vis du remplaçant de lui payer le prix¹.

La prétention du remplaçant de se retourner contre le remplacé est justifiée par des considérations morales d'équité, en un mot par le droit naturel, et ces considérations ont été d'ailleurs reçues par un jugement du 22 juillet 1826.

1. Bourges, 8 mars 1830, S. 30.2.298; Grenoble, 13 avril 1831, S. 32.2.23; Toulouse, 26 mai 1830, S. 30.2.366. En sens contraire : Montpellier, 1^{er} août 1827, S. 27.2.220; Montpellier, 26 janvier 1832, S. 32.2.203.

« Attendu, dit-il, que bien qu'il n'y ait eu aucune convention entre remplaçant et remplacé sur cette indemnité, elle (l'action) résulte néanmoins de la nature des choses et de l'impossibilité de concevoir que le remplaçant ait pu se soumettre gratuitement aux fatigues et aux dangers inséparables de son obligation. »

Bien entendu, sur appel, la Cour de Bourges statue le 8 mars 1830 « que le remplacé n'était pas personnellement débiteur et que le remplaçant traitant avec la compagnie ne peut s'en prendre qu'à elle ¹ ».

En général, les considérants des arrêts intervenus sur cette question sont les mêmes sous une forme plus ou moins précise : « le défaut de lien contractuel ».

Dans un jugement du tribunal de Lyon du 2 décembre 1829, confirmé par un arrêt de la Cour royale de Lyon en date du 29 juin 1831, nous trouvons :

« Considérant que l'acte de remplacement ne fournit l'action pour le paiement du prix que contre celui qui s'y est engagé et non contre celui qui a profité du remplacement » et plus loin « ... que suivant les règles du droit commun les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ² ».

De même la Cour de Lyon, dans un arrêt du 4 août 1831, invoque et justifie le rejet de l'action sur les principes catégoriques des conventions :

« Attendu que les conventions ne tiennent que les parties qui y ont concouru ³. »

2° Dans le domaine de travaux fournis, la question a été posée de savoir si le constructeur d'une digue, dont

1. Bourges, 8 mars 1830, S. 30.2.298 (arrêt cité).

2. Cour Lyon, 29 juin 1831, S. 32.2.113.114.

3. Lyon, 4 août 1831. S. 32.2.475.

les travaux profitaient à d'autres personnes dont il n'avait reçu aucun mandat, ne pouvait se retourner contre ces dernières pour le paiement, — en raison du profit retiré, — des dépenses respectives. C'est dans le sens négatif que s'est prononcée la Cour de Grenoble¹. Cet arrêt présente une double importance : a) Premièrement par l'immixtion qu'on trouve ici des deux notions, celle de gestion d'affaire et celle d'enrichissement sans cause, et ensuite par les arguments exposés contre l'une et l'autre.

Nous nous réservons le droit de parler en temps opportun de cette confusion de la règle de l'article 1375 et de celle de l'enrichissement sans cause que la coutume, sous la pression des nécessités, a dû reconnaître.

Pour le moment, nous nous limitons à reproduire les critiques que la sus-dite instance formule contre l'enrichissement indu et notamment contre l'abus qu'il provoque.

« Attendu que la maxime que personne ne peut s'enrichir aux dépenses d'autrui est bien le fondement et le motif de plusieurs dispositions législatives, tant anciennes que modernes, mais qu'elle n'est point un principe absolu qui pourrait, dans son extension, devenir la source d'une souveraine injustice, en contrariant le droit sur lequel repose la propriété, celui d'user et d'abuser, etc.¹. »

Cette opinion est consolidée et confirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 novembre 1838².

Il est clair donc que les juges, quoique constatant un appauvrissement et un enrichissement correspondant, refusent de sanctionner un lien entre les deux personnes,

1. Grenoble, 12 août 1836, S. 37.2.330.

2. Cass., 6 novembre 1838, S. 39.1.159.

l'appauvri et l'enrichi, et d'ordonner la mise en équilibre de la balance de la justice. C'était l'esprit égoïste du Code civil, avec son indépendance individuelle.

3° Pareillement, en matière de fournitures procurées au fermier, les juges, dans un arrêt du 9 mai 1853, n'admettent pas une action directe au profit de celui qui les a procurées, contre le propriétaire, demeuré étranger à la convention, quoique la chose ait tourné à son profit. Dans cette espèce, la Chambre civile, sous la présidence de M. Troplong, casse pour violation de l'article 1165 Code civ. et pour fausse application des articles 1375 et 1864 du même Code, un jugement donnant effet contre un tiers, à une convention étrangère en condamnant le propriétaire solidairement au paiement de la somme en raison de l'avantage matériel que les fournitures achetées par son fermier lui procuraient ¹.

Quelle différence, et que nous sommes loin de la conception que, 39 ans après, la jurisprudence adopte et formule, dans une décision du 15 juin 1892, dans une espèce tout à fait analogue (il s'agissait d'engrais chimiques fournis au fermier et grâce auxquels le propriétaire se trouvait enrichi), en posant le principe que « il n'y a aucune méconnaissance du principe, que les conventions ne nuisent point aux tiers, à décider qu'une personne peut être obligée envers d'autres, à raison du profit personnel et direct qu'elle a retiré de l'emploi de marchandises fournies par celles-ci à un tiers ² ».

Ce principe fera plus tard l'objet de notre examen, et quand notre opinion sur cette prétendue conciliation de ces deux concepts sera dite...

1. Ch. civile, 9 mai 1853, S. 53.1.699 ; D. 53.1.251.

2. Civ. 15 juin 1892, D. 92.1.596.

Aussi par respect de la lettre et de l'esprit de l'article 1165, la jurisprudence n'a pas considéré que l'obligation contractée par l'un des associés en son nom propre n'aurait aucun effet direct contre les autres associés alors même qu'ils en ont profité. C'est l'importante question de savoir dans quels cas les associés sont responsables envers les tiers.

Pour des considérations méconnues, peut-être ici que la nécessité se soit moins fait sentir ou que l'idée d'équité et de justice ait été moins évidente, la jurisprudence reste toujours dans cette matière conséquente avec elle-même et déclare que l'action de *in rem verso* n'est recevable que dans le cas où l'associé traitant avait le pouvoir de les y engager et que l'affaire a profité en même temps à la société (art. 1864). En dehors de cette exception visée et admise par la loi, les juges en admettent une autre, c'est lorsque le gérant s'oblige en dépassant les limites de ses pouvoirs, évidemment, toujours si les autres ont profité de l'obligation contractée dans cette condition.

Comme nous l'avons dit, ici la jurisprudence se montre toujours pénétrée de la conception que l'homme ne peut être obligé sans sa volonté.

Il y a probablement l'influence de la grande majorité doctrinale¹ qui s'est depuis longtemps prononcée dans ce sens. Les opinions de M. Massé sont extrêmement concluantes : « Lorsqu'un associé contracte en son nom privé, la société ne contracte pas et puisqu'elle ne contracte pas, elle n'est pas obligée. Sans doute si la société

1. Troplong, *Société*, 2, n° 773 et s.; M. Delangle, n°s 233; Gouillouard, *contrat des sociétés*, p. 345-346; Toullier, *Droit civil*, t. XX, n° 401 et s.; Massé, *Droit comm.*, t. V, n° 56.

profite de l'opération faite par l'associé, il s'opère entre elle et l'associé un contrat ou quasi-contrat qui l'oblige. Mais envers qui ? Envers celui avec qui elle contracte, c'est-à-dire envers l'associé et nullement envers le tiers qui en contractant avec l'associé et en son nom privé ne pouvait prétendre à aucune action contre la société, restée étrangère au contrat. Les tiers n'ont donc aucune action directe de leur chef contre la société, à raison du profit qu'elle aurait tiré du contrat fait par un associé en son nom ¹. »

On ne trouve pas une critique plus raisonnable, des raisons plus solides et logiques que celles de cet illustre auteur et qui d'ailleurs ont été adoptées intégralement par les instances judiciaires pour justifier leurs décisions rendues toutes, dans le sens négatif.

b) Assimilation de l'in rem versum avec negotiorum gestio.

Pour donner un appui solide à la nouvelle institution, la jurisprudence a fait longtemps appel aux principes de la gestion d'affaire ², tantôt sciemment et volontairement pour satisfaire l'exigence de l'interprétation exégétique, tantôt involontairement par une simple confusion de ces deux sources d'obligations, qui se ressemblent tellement par leur base fondamentale qui est l'équité.

A l'occasion de savoir si l'enfant lui-même peut être poursuivi en cas d'insolvabilité du père pour le remboursement des frais de l'éducation procurée par l'ins-

1. Massé, *Droit comm.*, t. V, n° 56. En sens contraire s'est affirmé Merlin, *Questions droit*, v. « Sociétés », § 2.

2. Fouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, p. 38-39.

tituteur, elle a répondu affirmativement, en se basant sur les articles 1371 et 1375.

« Attendu, dit la Cour de Pau, que l'abbé Tarras (demandeur), en fournissant au défendeur la nourriture, l'éducation et le logement, a agi non seulement en vertu du contrat passé avec le père, mais encore comme *negotior gestor* ¹. »

Or, aujourd'hui, la doctrine comme la jurisprudence exprime l'opinion que dans le cas de fournitures procurées à un enfant mineur, il y a lieu à l'application de cette règle, qui possède un domaine plus large que celui de la gestion d'affaires, « que nul ne doit s'enrichir au dépens d'autrui ».

Les auteurs les plus modernes et les plus autorisés, comme MM. Maurice Picard ² et M. Rouast ³, déclarent précisément qu'ici l'idée de la gestion d'affaires doit être exclue par l'absence d'une immixtion dans les affaires d'autrui.

« Dans la gestion d'affaires, dit M. Rouast, il y a immixtion, donc représentation, dans toutes les espèces où la jurisprudence l'a admise — à l'encontre — ici on constate que l'appauvri n'est pas sorti de sa sphère d'activité propre, il ne représente personne ni volontairement, ni en fait ⁴. La jurisprudence, du reste, tranche cette délicate question, dans le même sens, en affirmant catégoriquement dans un arrêt de la Cour de Montpellier ⁵ que l'action de l'instituteur en paiement de ses frais

1. Cour Pau, 19 janvier 1852, S. 52.2.52; Ch. Req., 17 mars 1857, D. 57.1.149; Cass., 19 juin 1843, S. 43.1.641; en ce qui concerne le remp. : Grenoble, 8 mars 1850, S. 51.2.324. Contre : Paris, 29 février 1840, S. 40.2.473; Amiens, 11 juillet 1842, S. 42.2.415; Bourges, 27 novembre 1850, S. 51.2.154.

2. Maurice Picard, Gestion d'affaires, *Rev. tr. dr. civ.*, 1922, p. 16-17.

3. Rouast, *op. cit.*, p. 40 et s.

4. Rouast, *op. cit.*, p. 50-51.

5. Montpellier, 5 février 1869, D. 69.2.213.

de nourriture et d'instruction, contre les enfants qu'il a élevés, est basée sur le principe d'équité, « que nul ne doit s'enrichir au dépens d'autrui ¹ ».

Mais, dans d'autres occasions, la question n'a pas été présentée si clairement par les juges. Il y a des espèces où ces deux notions : enrichissement injuste, gestion d'affaires, se trouvent mêlées dans leurs considérants.

« Attendu que le législateur qui devait vouloir que nul ne s'enrichît aux dépens d'autrui, a réglé les conditions et les conséquences qui s'établissent aussi entre deux personnes souvent à l'insu de l'une d'elles, qu'en supposant que dans l'article 1375, il a imposé à ce dernier l'obligation de rembourser toutes les dépenses utiles et nécessaires, dit la Cour de Toulouse ². Voilà une modification en droit appuyée sur l'article 1375 et le principe de l'*in rem versum*. »

Un autre arrêt de la Cour de cassation et d'une date relativement récente, 22 février 1888, commet la même erreur impardonnable. « Attendu — dit-il — d'une part, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et qu'en vertu de ce principe, celui qui *s'immisce dans les affaires d'un tiers* a le droit de lui réclamer le remboursement des dépenses, par lui faites, jusqu'à la concurrence du profit ³. »

Il est inutile, après ce que nous avons dit, d'insister sur la mauvaise délimitation et l'imprécision entre l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaire. Dans l'arrêt de la Cour de cassation cité, l'immixtion dans les affaires d'un tiers donne droit à l'*actio negotiorum gestor*,

1. Montpellier, 5 février 1869, D. 69.2.213.

2. Toulouse, 13 juin 1857, D. 58.2.102.

3. Cass., 22 février 1888, D. 88.1.310.

mais, chose curieuse, cette action est motivée en droit sur la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Cette absence de distinction ou même cette complète assimilation entre ces deux institutions, a été portée plus loin par d'autres arrêts, qui prouvent une ignorance totale des conditions qui les séparent et qui sont *en dehors de l'immixtion, l'intention de gérer*.

On a statué que l'action de gestion d'affaires naît du fait même de la gestion et de la loi et non de l'intention des parties. Par une suite logique, peu importe, d'après cette opinion, que le gérant ait agi dans son intérêt propre ou dans l'intérêt d'un tiers, il a toujours à sa disposition l'action que l'art. 1372 et suiv. lui accorde ¹.

Il est évident que c'est la loi qui procure des effets juridiques à l'acte de gestion, pour des considérations d'équité, mais quand une personne agit en son nom, cette raison d'équité fait défaut ².

Ensuite cette immixtion, considérée comme une condition *sine qua non*, ne fait-elle pas défaut quand l'intention manque ? « Elle devient inopérante, dit le professeur Maurice Picard, quand la gestion a été entreprise dans une pensée purement égoïste ³ », et la jurisprudence la plus récente donne raison à cette manière de voir si juste ⁴.

Mais des auteurs comme Laurent, Demolombe, Larombière ⁵ considèrent l'action de *in rem verso* admissible

1. Ch. Req., 18 juin 1872, D. 72.1.471; Ch. Req., 16 juillet 1890, D. 91.1.49; v. l'intéressante note (2^e) de M. Planiol.

2. Colin et Capitant, p. 720.

3. Picard, *op. cit.*, p. 18.

4. Civ., 27 nov. 1888, D. 89.1.406; Ch. civ., 25 juin 1919, D. 1923.1.223; s. 1921.1.13.

5. Demolombe, *Traité des eng. qui se forment sans conv.*, 1882; Laurent *Principes du droit civil*, t. XX, n^o 333, p. 361.

dans tous les cas où le fait juridique ne réunit pas toutes les conditions requises pour constituer une gestion d'affaires. C'est la théorie qu'on appelle théorie de la gestion d'affaires anormale¹.

Nous n'avons insisté sur l'absence de distinction, sur le rapprochement que la jurisprudence et certains auteurs font entre l'action de *in rem verso* et l'action *negotiorum gestio*, ni pour marquer et limiter leurs domaines correspondants, ni pour faire valoir les principes de la doctrine traditionnaliste, sur la souveraineté maîtresse du texte. Notre intention a été autre : mettre en évidence l'hésitation et la grande difficulté que marque la jurisprudence, dans la reconnaissance du principe d'équité, de l'*in rem versum*.

Longtemps, la jurisprudence — qui se trouvait dans une délicate situation, pressée entre le marteau et l'enclume, d'une part les textes rigides et catégoriques des art. 1134 et 1165 qu'on ne peut être obligé, en dehors du contrat que par la loi, et d'autre part la nécessité qui évolue dans son extension, en rapport immédiat avec le progrès, — hésita et chercha une base juridique, un appui légal, elle le trouva dans les articles du Code se référant à la *negotiorum gestio*.

Et pour satisfaire à l'exigence de la conception des interprètes et donner satisfaction aux exigences sociales, le juge, comme nous l'avons vu, se retranche derrière l'art. 1375, en sanctionnant de la sorte la belle règle que personne ne peut s'enrichir ou s'appauvrir, *injustement et sans cause*.

Mais il est arrivé un moment, où cette interprétation

1. Demolombe, *Traité des engagements qui se forment sans conv.*, t. 31, 1882, p. 46.

étrange, cette erreur flagrante ne pouvait plus être comise, où le législateur a cherché à justifier la nouvelle institution, comme un principe légal et indépendant, où une solution spéciale serait fournie au problème.

c) *La reconnaissance de l'in rem versum, comme une source indépendante d'obligations.*

Ainsi dans un arrêt du 15 juin 1892¹, le triomphe de la jurisprudence paraît complet. Le *in rem versum* est reconnu comme une véritable source d'obligations, et l'action qui lui sert de sanction reçoit sa formule propre et définitive.

Maintenant, si sur la légitimité de cette dernière la discussion est close, reste encore une grande incertitude et une interminable controverse, en ce qui concerne son domaine d'application.

d) *Domaine d'application.*

Une opinion, à tendance généralisatrice, tout au moins dans la doctrine, la déclare recevable, presque sans limites, dans les cas les plus compliqués, où la situation devient embarrassante par l'interposition entre l'appauvri et l'enrichi d'une tierce personne qui peut se trouver dans des relations contractuelles avec l'un ou l'autre. Pour montrer combien cette conception est hardie et extrémiste, nous prenons l'hypothèse de l'enrichissement résultant d'un rapport contractuel entre le demandeur et l'intermédiaire.

1. Cass., 15 juin 1892, S. 93.1.281 · D. 92.1.596,

Est-ce que dans cette espèce, l'existence seule d'un profit peut justifier la recevabilité de notre action ?

a) L'admissibilité de l'*actio de in rem verso* dans l'hypothèse ou un intermédiaire s'interpose entre l'appauvri et l'enrichi. — Est-ce que, dans l'affirmative, cette admissibilité ne constitue pas une violation à la règle *res inter alios acta*, surtout qu'une condition essentielle à son exercice — condition admise, d'ailleurs, par la doctrine comme par la jurisprudence — est le lien de causalité, un rapport de connexité, qui puisse permettre d'établir que l'avantage du défendeur provient directement de la perte subie par l'appauvri.

Comment ce dernier pourrait-il invoquer, dans le but d'établir la relation exigée, un contrat — source de l'enrichissement — qui est *res inter alios acta* pour l'enrichi, sans que l'art. 1165 C. civ. reçoive un démenti catégorique ?

Les auteurs partisans d'une extension illimitée rejettent cette objection, en la considérant comme fictive, et présentent « le secret » qui concilie, d'après eux, l'enrichissement sans cause, avec le principe de la relativité des conventions.

C'est la Chambre des requêtes, par le dit arrêt de 1892 qui leur fournit un solide appui. La décision du 15 juin 1892 est considérée par eux comme fondamentale dans la matière qui nous intéresse. Il est inutile d'insister davantage sur cet arrêt très connu, resté célèbre non seulement parce qu'il précise la nature de l'*actio de in rem verso* et détermine les conditions *sine qua non* de son admissibilité, mais parce qu'il déconcerte par son libéralisme ceux qui, imbus d'un grand respect et d'une grande admiration pour les institutions consacrées par la loi,

s'opposent à toutes les innovations que la nécessité sociale présente, exige, et ne veulent lui accorder qu'une attention tout à fait exceptionnelle et *in extremis*.

La Cour de cassation, dans la séance du 15 juin 1892¹, affirme que notre action est basée sur le seul profit, qu'elle fait abstraction, donc, de toutes relations contractuelles et que, par suite, aucune méconnaissance de la règle que les conventions ne nuisent et ne profitent aux tiers n'est possible et que entre ces deux principes n'existe point de rapprochement, qu'il n'y a seulement qu'une certaine affinité, un côtoiement des matières, qui peut aboutir aisément à la confusion, mais qu'une distinction sérieuse s'impose².

Mais cette affirmation ne signifie pas, comme l'observe avec une fine pénétration M. le professeur Bartin, « que la réalisation du profit est indépendante des conventions intervenues entre chacune des parties et le tiers³, en d'autres termes qu'on ne s'intéresse plus aux circonstances qui lui ont donné naissance » ? Cette conclusion serait inexacte, parce que la Cour de cassation, dans notre espèce, détermine les conditions dans lesquelles le propriétaire d'une ferme se trouve avantagé par le profit réalisé par les fournitures qu'un marchand d'engrais chimiques à procurées au fermier en base d'une convention — recte un acte de vente.

Nos croyons avec M. Bartin³ que ce raisonnement,

1. Note sous Cass. Req., 15 juin 1892, S. 1893.1.281.

2. Si l'on regarde à la loupe, déclare M. Labbé, dans la note précitée et si l'on écarte les mots vagues, qui engendrent la confusion, on arrivera aisément à distinguer deux effets parallèles, mais non identiques, deux effets résultant de causes distinctes, l'un effet du principe respecté, la vertu du contrat avec son corollaire, *res inter alios acta*, l'autre effet d'un enrichissement qui n'a rien de commun avec le contrat.

3. Aubry et Rau, *Cours élémentaire du droit civil*, t. IX, note 9 *decies*, p. 360.

comme la solution indiquée, « sont condamnés non seulement par la lettre mais par l'esprit de l'art. 1165 ».

Comme nous l'avons annoncé, le demandeur est tenu à fixer le lien précis et direct entre le profit et la perte. Et dans le but de l'établir, en faisant l'histoire de cet enrichissement, il oppose au défendeur une relation contractuelle, à laquelle ce dernier n'a pas été partie et dont peut être il n'a pas connu l'existence.

En vain, objectera-t-on qu'on fait appel non à l'effet juridique du contrat, mais à son effet naturel, que le contrat est invoqué comme un simple fait, « le véritable fondement de l'action intentée, étant l'enrichissement tiré », car on peut répondre avec succès que si cet acte n'était pas accompli, si cette convention n'était pas intervenue, l'enrichissement manquait, l'appauvrissement également, et il n'y aurait alors ni perte, ni profit et par conséquent ni action pour fixer l'équilibre.

Du reste il paraît que cet arrêt, comme ses considérants, n'ont pas eu grand retentissement. La jurisprudence, à notre avis, s'est refusée à admettre une action de *in rem verso*, dans le cas où l'enrichissement résulte d'une convention qui a été conclue entre le demandeur et l'intermédiaire. La question n'est pas neuve. Elle a été depuis longtemps débattue. MM. Ripert et Teisseire, dans un remarquable article de revue sur l'enrichissement indu, étudient la question en général : La présence d'un tiers peut-elle constituer un obstacle à l'action de *in rem verso* ? Evidemment ils tranchent implicitement aussi la question pour le cas où l'intermédiaire est lié par un rapport contractuel.

La conclusion à laquelle ils arrivent est contraire à la nôtre. Ils affirment qu'en grande partie, le lien de

causalité existe et que l'action réparatrice de la perte oblige le défendeur à rembourser le profit.

Il y a des exceptions à cette règle. Il y a quelquefois des cas où la jurisprudence méconnaît le droit de l'appauvri d'agir, mais cette attitude variable de la jurisprudence est explicable, disent-ils.

Basés sur un pénétrant examen des arrêts, ils font une classification, en concordance avec les décisions jurisprudentielles.

1° « Quand le tiers ne remplit qu'un rôle passif, sa présence est complètement effacée. Il n'y a pas de raison pour que cette action soit écartée. Le rapport direct existe. »

2° Dans l'hypothèse où l'intermédiaire a eu une influence plus active, par exemple quand il a déclanché l'activité du demandeur, il n'y a pas non plus d'empêchement à ce que l'action soit reçue.

3° *Quid* dans le cas où le tiers intervient non seulement pour solliciter cette activité de l'appauvri, mais dans le but de faire parvenir le bénéfice résulté au défendeur ?

Ici une sous-distinction s'impose :

a) Si la destination du profit a été « prévue et voulue » par son auteur, le tiers disparaît ou plutôt est considéré comme inexistant, le rapport de connexité *n'est pas non plus rompu*.

b) De même quand l'appauvri avait cru qu'il traitait avec une personne, en sa qualité de représentant du bénéficiaire il y a lieu à enrichissement sans cause.

c) Mais, si « rien dans l'acte originaire du demandeur ne révélait la destination du profit, dans les cir-

constances où le tiers a joué un rôle, assez prépondérant, il n'y a plus d'action possible¹. »

Cette classification leur est fournie par la délicate analyse de la jurisprudence.

Nous nous permettons de reprendre l'examen des arrêts étudiés par ces auteurs en ce qui concerne l'enrichissement, issu de conventions étrangères au défendeur, en vue de rechercher si les arrêts ont été dirigés par cette distinction subtile ou s'ils ont été conduits par d'autres raisons, d'ordre plus concret.

Ainsi, dans le cas d'une tierce personne intermédiaire qui joue un rôle absolument passif, ils citent les arrêts suivants.

Civ. 22 fév. 1888, S. 90.1.535, D. 88.1.310 ; Paris, 17 juin 1899, D. 900.2.105 ; Cass., 2 déc. 1891, S. 92.1.92 ; D. 92.1.161 ; Rennes, 18 août 1859, S. 60.2.529.

a) Le premier arrêt se réfère au cas où un tiers a géré l'affaire du failli, avant le jugement déclaratif, mais postérieurement à la date à laquelle ce jugement fait remonter la cession de paiements.

Comme il ne se trouve pas dans un lien conventionnel, l'espèce ne nous intéresse pas et nous n'insistons pas.

b) Le deuxième arrêt intervient dans l'espèce suivante : Un camionneur était désigné par plusieurs négociants, à la compagnie de chemins de fer pour effectuer le camionnage et le factage de marchandises, à eux adressées.

Mais pour les expéditions franco à domicile, les expéditeurs, en payant le prix total du transport jusqu'au domicile, avaient versé aux mains de la compa-

1. Ripert et Teisseire, « Enrichissement sans cause », *Rev. trim. dr. civ.* 1904, p. 770-771.

gnie le prix de ce camionnage ou du factage. Mais comme ce camionnage et factage n'étaient pas effectués par elle, la compagnie n'avait pas droit à cette somme. Le camionneur exigea que le prix « fût versé en ses mains ». Évidemment, la compagnie s'opposa.

La Cour de cassation, sur le pourvoi introduit, confirma l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 1^{er} mai 1889 et établit la recevabilité de l'action du sieur Belland, camionneur, en se fondant sur l'art. 1121 C. civ., « car, dit-elle, l'expéditeur qui stipule le transport d'une marchandise pour faire parvenir à une personne déterminée, stipule évidemment dans les formes de l'art. 1121, c'est-à-dire pour le destinataire et éventuellement par voie de conséquence, pour le voiturier¹ ».

c) Un autre arrêt cité reconnaît au marchand le droit de s'adresser au mari pour les fournitures faites à sa femme. L'action du marchand a comme support légal, dans ce cas, le mandat tacite. A l'occasion de ce jugement, une intéressante discussion a eu lieu sur le point de savoir si, les époux étant étrangers, anglais en l'espèce, les principes qui composent cette institution « de mandat domestique » leur sont applicables.

La Cour de Paris a répondu affirmativement : « Considérant que la reconnaissance du mandat tacite, en vertu duquel la femme engage le mari pour les dépenses nécessaires au ménage, dérive de l'obligation que toutes les législations imposent au mari de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants². »

d) Enfin, MM. Ripert et Teisseire invoquent un autre

1. Ch. civ., 2 décembre 1891, D. 92.1.161; v. les conclusions du procureur Desjardins et la note de M. Louis Sarrut.

2. Cour de Paris, 17 juin 1899 et 30 nov. 1899, D. 900.2.105.

cas¹ concernant l'emprunt fait, au cours d'un voyage, par le capitaine d'un navire, sans remplir certaines formalités prescrites par l'art. 234 C. com. Ici s'est posée la question de l'effet de cet emprunt à l'égard de l'armateur, quoique cette convention ait été à la fois nulle par l'inobservation de la loi et comme *res inter alios* pour lui. Une action a été dirigée contre lui en vertu du profit que cet emprunt lui a procuré. On peut avoir l'impression qu'ici il s'agit d'une véritable action de *in rem verso*. Mais si on regarde de plus près les motifs en droit, on voit qu'ils s'appuient sur l'art. 1375 C. civ. Ce sont les principes de la gestion d'affaires qui ont imposé un remboursement des engagements contractés par le gérant, pour et en nom de son maître².

Maintenant, une brève et sommaire analyse. Dans ces trois espèces, résolues à une date où l'action de *in rem verso* avait gagné beaucoup de terrain, l'une d'elles, postérieure même à la consécration officielle de cette action, la justification en droit, ne consiste pas dans ce beau principe que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ». Si cette idée morale a été satisfaite, si elle a dirigé les magistrats dans leurs solutions, c'est que la morale est inséparablement liée avec le droit. Leurs sphères respectives se superposent et l'idéal est qu'elles coïncident.

Mais quand il a fallu que la jurisprudence précise sur quoi reposait le droit accordé au demandeur, elle a dit, selon le cas : sur l'art. 1121 ou l'art. 1375, ou sur mandat tacite, qui est une institution, une réglementation

1. Cour impériale de Rennes, 18 août 1859, S. 60.2.529.

2. Voir la note sur l'arrêt cité, catégorique dans ce sens.

d'origine, aussi, jurisprudentielle, mais qui est devenue une organisation bien cristallisée et indiscutable.

Si elle a agit, comme le prétendent MM. Ripert et Teisseire, pour donner satisfaction au précepte *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupleti orem*, pourquoi se tait-elle, ou le déclare-t-elle timidement, du moins dans l'arrêt intervenu postérieurement à l'arrêt de principe et de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892.

Dans les trois cas, l'enrichissement injuste est manifeste, mais il n'est pas sanctionné par son action propre, l'*actio de in rem verso*. Le refus d'accepter cette action d'une manière directe est dû en vérité, non à un manque de relations directes, mais à l'existence d'une convention, qui fait la liaison entre la perte de l'appauvri et le profit de l'enrichi.

On peut affirmer que la considération de la règle *Res inter alios acta* n'a pas été étrangère à la décision jurisprudentielle.

Mais loin de nous la prétention d'affirmer que toujours, et surtout récemment, les juges ont refusé d'accorder l'action *de in rem verso* dans toutes les hypothèses où un rapport contractuel sépare l'appauvri de l'enrichi. Il y a eu des cas où elle a été accordée et même beaucoup de cas où le prétendu enrichi a eu un rôle purement actif. Donc ce n'est pas la distinction que faisaient les distingués auteurs qu'ont eue en vue les interprètes de la loi, les tribunaux.

Ce sont d'autres considérations : l'utilité que présente cette solution, l'utilité réclamée par la sauvegarde du crédit et la sécurité de relation qui les ont guidés.

b) *Refus de l'action in rem verso quand l'enrichissement est justifié par l'existence d'une convention.* — Nous trouvons une autre méconnaissance de notre règle dans l'application de l'action *de in rem verso*, dans la situation où on refuse de l'admettre en lui opposant la fin de non-recevoir, connue sous le nom de *justa causa*; car, contrairement à l'esprit large de l'arrêt précité du 15 juin 1892, la jurisprudence comme la doctrine sont venues limiter l'exercice de l'action qui sanctionne l'enrichissement sans cause par l'exigence de quelques conditions essentielles. Nous en avons vu quelques-unes comme : l'appauvrissement, l'enrichissement et le rapport de causalité par l'exercice de quelques conditions essentielles. Reste une autre, demandée sous une forme négative, c'est celle que « l'enrichissement soit sans cause ».

Cette expression de cause a jeté un trouble dans le monde juridique, à cause de son imprécision.

M. Ripert s'élève contre cette notion, « dont le sens reste vague dans le droit français et qui doit être réservée aux obligations ». « Il vaudrait mieux, poursuit-il, dire l'enrichissement sans droit ¹. »

Il y en a d'autres, qui considèrent cette condition comme inutile ².

Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans cette con-

1. Ripert, note sous Req., 23 novembre 1908, D. 1912.1.217.

2. a) M. Loubers, L'action *in rem verso* et les théories de la responsabilité civile, *Rev. civ. jurispr. et législ.*, 1912, p. 466. « L'absence de cause légitime de conserver du profit chez le défendeur, ne doit être pris en considération. Il ne s'agit pas d'un enrichissement injuste, mais d'un enrichissement né d'un préjudice. »

b) M. Wahl, note sous Cass., 18 octobre 1904, S. 1907.1.465 ou par voie d'élimination, il se déclare contre cette injuste cause. C'est peut-être une conséquence du rapprochement qu'il fait entre l'enrichissement injuste et le quasi délit.

troverse, ni d'exposer les divers et multiples systèmes qu'on trouve là-dessous, les critiques qui pourraient leur être adressées, mais comme nous sommes préoccupés du fonctionnement de cette *causa injusta*, il faut indiquer préalablement l'interprétation que nous croyons juste.

Nous adoptons intégralement l'opinion exposée par MM. Colin et Capitant pour qui le mot cause est pris ici dans son sens traditionnel, qui signifie l'acte juridique, qui explique et justifie l'acquisition d'une valeur, « en d'autres termes pour qu'on puisse nommer « l'enrichissement injuste », il faut qu'il ne puise sa source dans aucun acte juridique qui en légitime l'acquisition ¹ ».

Cette interprétation donnée à l'absence de la cause est la plus logique, à notre avis, et en conformité avec la jurisprudence la plus récente.

Il n'en est pas moins vrai que, pareillement après l'analyse de quelques arrêts, M. le professeur Rouast arrive à une autre conclusion, en fournissant une définition, en apparence d'une précision parfaite. « La clause, dit-il, est la contre-prestation. » Mais comme il s'aperçoit que si, dans le cas d'un contrat onéreux, la formule se vérifie dans la plupart des espèces, il y en a d'autres où elle fait défaut.

C'est par suite de cette remarque qu'il est obligé d'ajouter, à côté d'une contre-prestation matérielle, l'avantage personnel, et ensuite pour les donations un motif d'ordre moral.

Il donne donc cette formule large, mais dont la clarté laisse à désirer, que « la cause n'est autre chose que la contre-partie, soit de l'appauvrissement, soit de l'enri-

1. Colin et Capitant, *Traité élémentaire dr. civ.*, 6^e éd., t. II, p. 419.

chissement, contre partie qui consiste dans la considération d'une contre-prestation, d'un avantage personnel, ou d'un motif moral et que l'agent estime compenser son appauvrissement, c'est-à-dire, conclue-t-il, que la cause n'est pas de contre-passé¹. »

Cette interprétation a été du reste adoptée par plusieurs décisions² et confirmée tout récemment par un jugement du tribunal civil de Vienne, en date du 4 janvier 1923, qui s'exprime clairement dans ce sens, en employant, paraît-il, pour la première fois d'une manière explicite, que l'enrichissement du défenseur est justifié, en l'espèce, ayant sa contre-partie dans les stipulations d'une contre-prestation³.

Cette contre-partie, explique le dit arrêt, consiste dans les stipulations du bail. Mais c'est tout. Rien dans les attendus ne précise en quoi consiste la contre-prestation, cette contre-partie qui justifie l'enrichissement.

Il semble qu'ici c'est une simple erreur, commise involontairement d'ailleurs, une confusion de mots. Au lieu de dire juste cause, il emploie contre-partie. En définitif, juste cause ou contre-partie, le résultat est le même, du moment que l'une et l'autre sont justifiées par un acte juridique, en l'espèce le contrat de bail. Et c'est l'impression qui résulte de la lecture du dit arrêt.

En quoi consistait la contre-prestation qui s'opposait comme un veto impérieux à l'admissibilité de l'action intentée, ce n'était rien d'autre que le contrat de louage.

Donc, regardée de plus près, cette décision, loin de servir cette théorie, ne fait que confirmer notre opinion.

1. Rouast, *op. cit.*, *Rev. trim.*, 1922, p. 76.

2. Cass., 18 octobre 1898, D. 99.1.105; Paris, 26 juin 1899, S. 1901.2.167; Req., 7 février 1905, S. 1907.1.453; Civ., 9 novembre 1909, DP. 1911.1.169.

3. Trib. civ. Vienne, 4 juin 1923, D. 1913, D. 1923.2.153 et la note.

D'ailleurs, la jurisprudence, dans des cas importants et nombreux, a donné raison à l'opinion-cause : *acte juridique*.

Citons un cas où l'entrepreneur qui a exécuté dans un immeuble pour le compte d'un locataire des travaux qui ne sont pas de ceux d'entretien mis à la charge du locataire ou nécessités par leur nature de jouissance.

Il assigne le propriétaire pour le paiement de ces travaux qui ont apporté une addition à la valeur de l'immeuble. Son action est rejetée parce que le propriétaire ne s'enrichit pas au détriment d'autrui, son enrichissement est justifié quant il tire un profit basé sur une clause licite de son bail¹.

Pareillement, la Cour de cassation² a décidé tout récemment que la juste cause n'était que l'acte juridique qui autorisait le défendeur à conserver l'enrichissement. Elle débouta ainsi un entrepreneur qui, ayant fait des travaux de construction et d'embellissement pour le locataire d'un immeuble, se retournait contre le propriétaire qui avait profité de cet aménagement de l'immeuble et s'adressait à ce dernier dans le but d'être dédommagé de la perte subie.

La Cour statua que le demandeur n'était pas recevable à exercer contre le propriétaire qui avait profité des travaux en vertu du bail, une action de *in rem verso*, fondée sur l'enrichissement sans cause.

Nous pouvons donc conclure qu'on invoque, dans presque tous les cas, non le fait d'une contre-prestation, mais le contrat, le rapport conventionnel, dans les hypothèses

1. Paris, 26 juin 1899, D. 1900.2.154.

2. Req., 12 février 1923, D. 1923.1.64 et la note de M. G. Minvielle sous D. 1929.2.152-153.

où nous sommes transposés, d'un enrichissement survenu par l'intermédiaire d'une tierce personne.

Ici, on ne peut pas nier l'existence d'un enrichissement, il existe, mais il est « causé », il est juste et cette légitimation est constituée par le contrat qui lie le défendeur à l'intermédiaire.

Mais alors, si c'est le contrat qu'on oppose au demandeur pour le débouter de sa prétention, ne va-t-on pas à l'encontre de l'art. 1165 ? C'est un des motifs, paraît-il, qui ont sérieusement influencé la thèse de M. Rouast¹ et il croit que cette règle de l'art. 1165 est sauvée parce que d'après la conception cause contre-partie, on oppose à l'appauvri non une convention, mais un fait, la compensation, la contre-partie de l'enrichissement.

Avant de répondre à cette objection, nous tenons à faire connaître que la jurisprudence n'est pas arrivée encore à bien préciser la notion de juste cause et à établir définitivement que l'existence est une fin de non-recevoir. La jurisprudence a en vue cette idée d'équité, cette notion élastique, assez vague et en face de laquelle toutes les théories et principes sont respectés tant qu'ils contribuent à son triomphe.

Nous allons présenter une espèce, qui infirme à la fois la conception de cause-contre partie, compensation, la théorie de cause-juridique, celle de la juste cause pour la conservation de l'enrichissement existant, mais où l'action de *in rem verso* a été reçue.

Ainsi, un propriétaire, par une clause du bail, mit à la charge des preneurs l'entretien de la maison louée et de

1. « Car si la cause est le contrat, on ne voit pas comment l'enrichi peut opposer à l'appauvri l'existence d'un contrat sans heurter la règle *Res inter alios acta* », Rouast, *op. cit.* *Rev. trim. dr. civ.* 1922, p. 76.

ses dépendances, les réparations de toute nature, grosses ou petites, et notamment l'entretien et la réparation des toitures et gros murs. Mais l'entrepreneur engagé à faire les travaux énumérés ci-dessus, exécuta aussi des réparations rendues nécessaires par le fait de guerre.

N'ayant pas été payé et le preneur étant insolvable, il adressa contre le propriétaire une action basée sur la valeur dont le patrimoine du propriétaire, se trouvait augmenté par les dites réparations, et lui en réclama le prix. Le tribunal de Reims, par un jugement en date du 1^{er} janvier 1922, reçoit ses prétentions. Et la Cour de Paris, sur l'appel interjeté par le propriétaire, confirme le premier jugement et va plus loin. On accorde à l'entrepreneur le droit d'être dédommagé, non seulement pour les réparations provenant de détériorations guerrières mais le droit d'être payé pour les autres réparations mises à la charge du preneur par le contrat de bail, « si celles-ci (les réparations) dit la Cour d'appel, ont été reconnues nécessaires et ont contribué en fin de compte à l'enrichissement du propriétaire ¹. »

Voilà donc une décision où l'action de *in rem verso* est admise pour la seule existence d'un enrichissement.

Et en dépit de la justification de cet enrichissement, parce qu'il est juste, on peut dire qu'il est légitime, même du point de vue de la théorie soutenue par M. Rouast. En effet, on peut soutenir que le propriétaire, en mettant à la charge du locataire certains actes de réparation, lui a fait — en compensation — une certaine réduction sur le prix du loyer. Et alors, si l'enrichissement est compensé par une autre contre-prestation,

1. *Rec. gaz. trib.*, 1926.2.616.

un autre sacrifice, il n'y a pas une *injusta causa*, au contraire, il y a un enrichissement juste, « causé », si on peut dire. L'enrichissement et l'appauvrissement, par une déduction logique, n'existent pas, étant compensés par une autre contre-partie.

En invoquant l'autre conception, dont le défendeur le plus distingué est M. le professeur Capitant, on arrive au même résultat, la jurisprudence n'a pas tenu compte de cette condition intitulée *injusta causa*, car le défendeur était en droit de conserver le profit en base de l'acte juridique intervenu, la convention de louage. Il n'y avait pas un enrichissement « sans droit », pour employer la formule de M. Rippert.

Cette décision jurisprudentielle est-elle une négation de cette condition essentielle à l'exercice de l'action de *in rem verso*, est-elle une décision capable de déterminer la jurisprudence dans un autre sens que celui connu, ou est-elle un arrêt d'espèce, dicté par des considérations spéciales aux faits en cause ?

C'est cette dernière solution que nous croyons juste. En tous cas, cet arrêt montre, avec évidence, comment cette notion — mal définie — de cause, est susceptible d'interprétations qui vont jusqu'à sa suppression. La convention, cause de l'enrichissement, peut consister dans un contrat à titre onéreux, comme nous l'avons montré jusqu'à présent, et même dans un contrat à titre gratuit.

Par exemple une donation est également un empêchement à l'action de *in rem verso*.

Dans la *Gazette du Palais* nous trouvons rapporté un cas assez intéressant¹.

1. Trib. Seine, 22 février 1913, *Gaz. Pal.*, 29 mai 1913.

Un sieur Massif a acheté à un marchand de vins, M. Moreau, une certaine quantité de vin, sans le payer.

Postérieurement l'acheteur en fait cadeau à la demoiselle Robert. Le marchand assigne en justice l'acheteur et la personne en ayant profité, donc ceci basé sur le grand principe de l'*in rem versum*, dans le but d'obtenir la somme de 1.100 francs, coût de la vente et des dépenses effectuées.

Par un jugement du 26 janvier 1912, le tribunal de la Seine condamne M. Massif et la demoiselle Robert à payer conjointement la dite somme.

Cette dernière fait opposition et le même tribunal reçoit la demande de la bénéficiaire, la déclare bien fondée dans son opposition, pour les considérants que dans l'espèce il résulte de la cause et de la correspondance que c'est Massif qui a commandé le vin et que c'est lui personnellement qui a été d'abord *réclamé*, que l'enrichissement a donc été fait à la demoiselle Robert, comme un cadeau émanant de Massif et que, dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'appliquer l'action de *in rem verso*.

Le profit que la donataire a tiré existe; il est réel, mais l'enrichissement ne se présente pas sans cause.

Nous laissons de côté la question de savoir si cette mesure est équitable, si elle lèse les intérêts du vendeur, si elle menace sérieusement l'existence même du crédit, si elle porte atteinte à la sécurité juridique, si elle est un défi à la morale, comme à la justice.

La conclusion, à laquelle nous désirons arriver, est que l'acte de la donation, et non le motif moral de M. Rouast, fournit une juste cause pour la conservation de l'enrichissement.

Alors, et maintenant nous revenons à l'objection formulée par M. Rouast, si une convention onéreuse ou gratuite est invoquée pour garder l'enrichissement, elle ne va pas à l'encontre de l'art. 1165, contre cette règle que les conventions ne nuisent et ne profitent pas au tiers. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que M. Rouast adopte la conception indiquée.

e) CONCLUSION GÉNÉRALE.

L'objection est réelle à notre avis, car il résulte manifestement des exemples indiqués qu'on peut invoquer contre le tiers un contrat auquel il n'est pas partie, à la formation duquel son consentement n'a été ni sollicité, ni donné.

Il y a des auteurs qui luttent pour concilier les principes anciens, surtout le principe classique de l'autonomie de volonté, avec les théories nouvelles issues d'une nécessité impérieuse de la vie sociale, en cherchant à trouver les explications nécessaires. Ainsi M. Rippert, comme M. Teisseire et tous ceux qui ont adopté leur opinion, affirment qu'on fait appel au contrat comme à un fait, à son existence seulement. Mais, même en cette dernière hypothèse, en admettant qu'on invoque la convention comme fait, il y a une exception à notre règle, telle qu'elle a été comprise en 1804. Mais il n'y a pas une simple question d'existence, car en opposant à l'appauvri un contrat, on porte atteinte à son patrimoine, par la destruction d'un droit qui lui appartenait.

Donc il n'y a pas une seule question de préjudice, il y a une question d'effet.

Et l'explication cherchée est simple. Il y a un échec

au brocard *res inter alios acta*, il y a un démenti de l'art. 1165, mais ce n'est ni pour la première fois et ni exclusivement en cette matière que la jurisprudence, pour donner satisfaction aux exigences impérieuses de la vie, a abandonné les principes rigides insérés dans des textes sans vie.

La jurisprudence, d'ailleurs, en commettant « ce sacrilège » de méconnaître une règle exagérée, devenue inapplicable dans l'esprit et dans les termes dans lesquels elle a été traduite, n'a fait que remplir son rôle de conciliation, d'extension et d'adaptation des principes vagues ou étroits, à la réalité des choses.

Quant aux considérants que la jurisprudence a dû écouter, ce sont comme toujours la nécessité et l'utilité, deux notions assez apparentées, l'une étant le complément de l'autre.

C'était dans notre matière la nécessité de maintenir la sécurité des relations juridiques.

Donc des considérations d'une grande utilité sociale, car comme dit M. Bouché-Leclercq, « il n'y aurait plus de commerce juridique possible si, après avoir traité avec une personne, on se trouvait exposé au recours de ses créanciers. Si le contrat ne le mettait pas à l'abri de ces surprises, chaque contractant devrait, avant de recevoir son paiement, et par suite avant de fournir le sien, vérifier avec soin l'origine de la valeur qu'il reçoit, faute de quoi il courrait le risque de se voir dépouillé du bénéfice de son opération et obligé de se dresser à son tour contre son débiteur. »

Et ensuite, conclut M. Leclercq, si la solution admise déroge à la règle *res inter alios*, la solution con-

traire dérogerait à la règle « pas de privilège sans texte ¹. »

Maintenant, résumons en quelques mots les conclusions qui découlent de ce travail que nous avons entrepris sur l'enrichissement sans cause.

1° Premièrement, l'admission comme principe de l'enrichissement sans cause, le fait qu'une personne devient obligée à réparer un préjudice, qu'on appelle l'appauvrissement sans que cette personne ait pris un engagement dans ce sens, sans qu'elle ait commis une faute, qui pouvait entraîner à cette exécution, est catégoriquement contraire à l'esprit qu'une personne est indépendante, qu'elle ne peut obtenir un droit ou être chargée d'une obligation, que dans les cas et de la manière et dans la mesure où elle a voulu. C'est une dérogation à l'individualisme révolutionnaire, c'est une exception aux articles 1134 et 1165 C. c.

2° Dans le cas où l'enrichissement se produit par l'intermédiaire d'un tiers, l'admission de l'*actio de in rem verso* constitue une deuxième atteinte à la lettre et à l'esprit de l'art. 1165, nous avons insisté sur les motifs qui nous donnent le droit de dire qu'une convention nuit, dans cette hypothèse, à un *penitus extraneus*, contrairement au principe que *res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest*.

3° Ensuite par la condition de juste cause, par son application, qui permet à l'enrichi de garder le profit, nous nous trouvons dans un autre cas dérogatoire, à la règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Cette fois, une convention qui est *res inter alios acta*, profite à une personne, en l'espèce à l'enrichi et nuit à l'appauvri.

1. Bouché-Leclercq, *L'action de in rem verso en droit privé*, p. 157.

Voilà donc le sacrifice qu'a exigé l'installation, comme principe général et indépendant, de l'enrichissement injuste, ce principe juste, moral, mais contraire à la conception dont est pénétré le Code civil et contraire à des règles législatives ici consacrées.

Pour justifier l'action de la jurisprudence on peut adopter cette logique machiavélique : « Le but excuse les moyens ou la fin justifie les moyens. » Et, véritablement, le but, satisfaction de l'équité, de la morale est trop grand, pour s'arrêter aux inconvénients provoqués par son triomphe, le non-respect d'un principe de droit, vieux et en désaccord avec les faits.

Un autre cas où une personne est obligée d'exécuter une obligation qui est pour lui *res inter alios*, c'est : L'obligation des tiers de surveiller l'accomplissement du remploi sous le régime dotal.

CHAPITRE III

LE REMPLOI SOUS LE RÉGIME DOTAL ET L'OBLIGATION DES TIERS

- a) La raison de cette obligation de surveiller le remploi dans un régime dotal.*
- b) Personnes sur lesquelles pèse cette charge : a) le mari ; — b) le tiers acquéreur ; — c) certains fonctionnaires.*
- c) La sphère de cette responsabilité.*
- d) La nature juridique de l'obligation de surveiller le remploi.*
- e) Conclusion.*

a) LA RAISON DE CETTE OBLIGATION DE SURVEILLER LE REMPLOI DANS UN RÉGIME DOTAL.

Une disposition assez ancienne, que le droit romain nous a transmise¹, c'est celle qui concerne la conservation et la restitution de la dot. Ainsi le législateur moderne, dans l'art. 1554 C. c., confirme cette règle multi-séculaire, en édictant que les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux époux conjointement, sauf un certain nombre d'exceptions que la loi vient établir.

Sur la raison d'être de cette règle, nous n'avons pas à

1. Marcel Beau, *Du remploi sous le régime dotal*, thèse, Paris, 1910, p. 10.

insister. D'ailleurs elle a été considérée comme une mesure hyperlogique, justifiée par d'importantes considérations, d'utilité à la fois privée et sociale.

Elle a pour but la satisfaction des « intérêts familiaux ».

Donc l'inaliénabilité — comme dit M. le professeur Niboyet — n'est qu'un moyen ¹ pour la réalisation des nécessités, non seulement du ménage, mais de la famille ².

Mais si on se tenait à ce principe dans toute sa rigueur, pour les intérêts mêmes de la famille, que le législateur a eu en vue et s'est forcé de garantir, il y aurait eu des cas où l'aliénabilité s'impose comme une nécessité impérieuse.

Et par la suite si le bonheur du ménage, la peur du divertissement et de la dissipation de la fortune que la femme apporte en se mariant, ont dicté la consécration de ce principe, les mêmes considérations ont recommandé d'admettre quelques exceptions à cette disposition d'un caractère général. Ainsi la nécessité, qui est à la base de toute mesure dérogatoire, est intervenue pour accorder l'aliénabilité de la dot. Cette mesure a été prise avec de sérieuses précautions, entourée de multiples formalités et soumise au remplissement de certaines conditions qui tendent toutes à constituer une garantie efficace pour la conservation dotale.

Parmi les formes d'aliénations permises, nous trouvons celle qui est subordonnée à l'exécution de la clause dite « de remploi ».

La clause de remploi est une condition en vertu de la-

1. Niboyet, Régime dotal, *Répétitions écrites*, 1929-1933, p. 281.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 288-289.

quelle l'aliénation n'est valable qu'autant que le prix résultant n'a pas été investi dans l'acquisition d'un autre bien qui prendra la place de celui qui a été transféré.

Le remploi est à son tour imposé ou par la loi même — et alors nous avons affaire à un remploi légal — ou par une décision judiciaire, c'est le cas du remploi judiciaire, ou même par la volonté des personnes, c'est le cas du remploi conventionnel.

b) PERSONNES SUR LESQUELLES PÈSE CETTE CHARGE.

C'est le dernier cas, sur lequel nous insisterons. Et, d'ailleurs, nous n'étudierons pas ses conditions d'application, nous laisserons de côté ce qui a trait à la quantité et la qualité des objets remplaçants, ne nous intéressant également pas à l'époque du remploi, ni à son indiscutable utilité, grâce à laquelle la dot prend part au progrès et au développement économique, en lui accordant la possibilité d'être remplacée par des biens plus utiles et plus productifs, tout en respectant rigoureusement le principe de la conservation des biens de la femme comme celui de sa restitution. Mais l'objet de notre développement sera le remploi vu sous l'angle de la responsabilité que son inexécution fait naître, car le non-accomplissement de ce remploi est sévèrement sanctionné par deux actions :

Premièrement, une action révocatoire se trouve à la disposition de la femme; la vente est annulable, une des conditions essentielles, sous lesquelles elle a été permise n'étant pas respectée, et ensuite une autre action qui, cette fois, se présente sous un caractère personnel, une action en indemnité et qui peut être dirigée soit contre les personnes sur lesquelles pèse cette charge et le mari,

soit contre une série complète de tiers, considérés par la jurisprudence comme tenus à une obligation de faire, en espèce à l'obligation de surveiller le remploi.

a) Le mari.

Cette action en indemnité, à l'égard du mari, est garantie par une hypothèque légale sur les biens de ce dernier responsable du défaut de remploi et l'oblige à restituer le prix qu'il a encaissé indûment sans en faire le remploi¹.

Si la responsabilité du mari² est compréhensible, s'il peut être considéré comme partie dans le contrat du mariage, il doit le respecter dans toutes ses conditions, il en est autrement quand il s'agit des tiers. Leur responsabilité de payer le prix de transfert sans observer l'accomplissement du remplacement, clause imposée et exigée dans le contrat de mariage, nous paraît tout à fait bizarre.

Mais avant d'insister sur la nature et le fondement de cette responsabilité, il faut préalablement déterminer quels sont les tiers responsables et en quoi consiste leur responsabilité, en d'autres termes, quelle est l'étendue de la responsabilité que la jurisprudence a établie à leur désavantage.

Cette notion de tiers est assez large et nécessite une

1. Voir note 3 sous Cass. Civ., 3 D. 1888, S. 89.1.121.

2. Cass., 24 juin 1821, 27 juillet 1826, 28 novembre 1838, S. 1838.1.963; P. 1838.2.553; Req. 16 novembre 1847, S. 1848.1.25; P. 1847.2.738; Req. 2 mai 1855, S. 1855.1.420; P. 1855.2.598; Cass. Civ., 3 D. 1888 précité.

Ch. Req., 7 juin 1891, D. 92.1.185, v. les observations du conseiller Lepelletier, qu'en ce qui concerne les deniers dotaux reçus par le mari, celui-ci est responsable par la perception qu'il a fait voir. Au cas contraire, dans le cas où il n'a pas reçu, il est responsable car s'il n'est pas assuré de l'accomplissement du remploi, il a commis une négligence et alors la responsabilité est la réparation de sa négligence.

certaine explication. Le premier visé par ce mot est le tiers acquéreur, celui qui est devenu propriétaire du bien transmis et qui a payé le prix sans s'intéresser et s'assurer qu'un remploi du bien a été fait.

Il est condamné, à défaut du remploi, à payer une seconde fois le prix à la femme et cette condamnation lui est infligée à titre de responsable principal.

Ainsi, l'action est recevable sans que les biens du mari soient préalablement discutés et sans d'ailleurs que le tiers acquéreur puisse opposer cette fin de non-recevoir, la discussion du patrimoine du mari.

De cette responsabilité, consacrée par une jurisprudence unanime et constante ¹, découle un droit qui représente pour eux un remarquable intérêt, à exiger la preuve du remploi et il peut refuser de payer son prix, tant qu'il n'y a pas satisfaction de la clause prévue dans le contrat de mariage ².

b) *Tiers acquéreur.*

Le tiers acquéreur n'est pas déchargé de la responsabilité par le simple dépôt du prix à la Caisse de Con-

1. Pour les arrêts anciens, voir M. Plesoiano, thèse, Paris, p. 7-8; Toulouse, 1^{er} mai 1901, D. 903.5.641; Req., 7 juillet 1898, D. 99.1.557, S. 99.1.222; Trib. civ. de Narbonne, 24 novembre 1898, D. 99.2.157; Cour d'Aix, 19 mars 1891, D. 92.2.343; Agen, 5 janvier 1841, S. 41.2.639; Req., 25 avril 1842, S. 42.1.651; Bordeaux, 1^{er} décembre 1847, S. 48.2.384, D. 49.5.34; Cass., 17 décembre 1855, S. 56.1.201; Limoges, 14 janvier 1862, S. 62.2.344; Cour de Riom, 26 janvier 1839, S. 40.2.145; Rennes, 17 mars 1892, S. 94.2.73.

2. Cass., 23 août 1830, S. 30.1.394; Civ., 12 décembre 1833, S. 34.1.201; Montpellier, 13 mai 1831, S. 31.2.12; Agen, 28 mars 1832, S. 32.2.288; Rouen, 24 avril 1828, S. 28.2.190; Paris, 9 juillet 1828, S. 28.2.281; Aix, 20 juin 1834, S. 34.2.436; Toulouse, 22 décembre 1834, S. 35.2.196. — En sens contraire : Paris, 14 juin 1831, S. 31.2.211 et Paris, 17 mars 1836, S. 36.2.190; Cour de Paris, 9 juillet 1828, S. 1828.2.281; Cass., 23 août 1830, arrêt cité; Lyon, 4 janvier 1877, DP. 78.2.91, S. 77.2.269.

signation ¹, la clause du remploi n'est considérée comme ayant reçu satisfaction qu'autant que le prix a été versé entre les mains de la personne, propriétaire des biens, dont l'acquisition est nécessaire pour le remplacement du bien dotal transféré et même si l'acquisition de ce dernier a été faite ².

La responsabilité du tiers acquéreur est engagée aussi dans le cas où il a agi par l'intermédiaire d'une tierce personne, un mandataire, et il répond du défaut du remploi de son représentant.

Ainsi la Cour de Toulouse dans une espèce où l'acquéreur d'un immeuble avait chargé un notaire de l'exécution de la condition de remploi, et comme ce dernier n'avait pas exécuté son obligation, a établi que l'acquéreur devait supporter les conséquences découlant de cette inexécution ³.

En dehors du tiers acquéreur proprement dit, celui qui a acquis directement le bien total, la jurisprudence considère comme obligés les sous-acquéreurs ⁴.

On assimile également au tiers acquéreur l'expropriant pour cause d'utilité publique ⁵. Lui aussi est responsable de la non-exécution du remploi. Une question se pose à l'égard de l'expropriant, celle de savoir s'il peut être déchargé par la simple consignation du prix.

Car, conformément à l'art. 54 de la loi du 3 mai 1841 ⁶, il a la faculté de consigner le prix. Une opinion admet

1. Voir note sous Ch. civ., 15 mars 1886, D. 86.1.383, D. P. 57.1.364; Caen, 8 et 26 janvier 1872, S. 72.2.49; Nîmes, 15 juin 1856, S. 1857.2.272; P. 185.7.755, P. 1856 et 166 et la note.

2. Cass. civ., 29 janvier 1890, S. 93.1.471, D. 90.1.97, voir la note 1 de M. Planiol.

3. Toulouse, 1^{er} mai 1901, arrêt cité.

4. Ch. Req. du 20 juin 1853, S. 54.1.5 et 6.

5. Cass. civ., 15 mars 1886, S. 87.1.327.

6. Duvergier, t. XLI, p. 165.

que l'expropriant, par ladite consignation, s'affranchit de toute responsabilité.

Ainsi la Cour de Toulouse, dans un arrêt du 8 août 1866, dans le cas d'une expropriation pour cause d'utilité publique, d'un immeuble dotal appartenant à la dame James, faite par la Compagnie du Chemin de fer du midi, sur la contestation de savoir si la Compagnie expropriante reste encore responsable après la consignation du prix, la Cour décide :

« Attendu que pour s'affranchir de toute responsabilité envers la dame James, il suffisait à la Compagnie du Midi de consigner son prix d'acquisition, ainsi que la loi l'y autorisait et que par cette consignation elle aurait acquis le droit de demeurer étrangère aux contestations que pourrait faire naître la qualité de la dame James, mariée sous le régime dotal et protégée par la stipulation de remploi insérée dans son contrat de mariage ¹. »

Mais une opinion contraire s'est fait jour dans une décision de la Cour de cassation qui paraît ne faire aucune distinction entre l'acquéreur et l'expropriant et, par suite, impose à l'expropriant, pour cause d'utilité publique, le même devoir de surveiller l'emploi et de ne pouvoir s'affranchir par la consignation de la somme due et ajoute qu'en outre cette consignation n'équivaut pas à un paiement effectif ².

Nous pouvons conclure que le terme tiers acquéreur est une notion large, qui peut comprendre tous ceux qui doivent des sommes provenant de l'aliénation des biens

1. Toulouse, 8 août 1866, S. 66.2.209.

2. Cass. civ. 15 mars 1886, S. 87.1.327, note D. 86.1.383; voir également les notes 1 et 2.

soumis au remploi, ou simplement de sommes également destinées à être employées ou remployées ¹.

Car cette condition de remploi peut exister aussi dans le cas d'une dot mobilière et, par là, on peut arriver à apprécier sa grande utilité pratique, parce qu'on arrive même dans le régime de dot mobilière, à s'assurer efficacement de la conservation, donc, sous le rapport de la conservation, on place sur un pied d'égalité la dot immobilière avec la dot mobilière, en principe aliénable.

c) *Certains fonctionnaires.*

Mais, en dehors des tiers acquéreurs, nous trouvons certains tiers qui, sans recevoir un bien dotal, sont compris parmi les responsables. Les agents de change, les notaires et les conservateurs des hypothèques.

C'est une catégorie de fonctionnaires. Ainsi ce sont les agents de change, investis par la loi d'un monopole pour la négociation des effets publics ², car en matière de valeurs mobilières dotales notamment, le transfert des rentes sur l'Etat exige l'office de l'agent de change, conformément à l'article unique de la loi du 11 juin 1909, qui établit que les déclarations et les certificats du dit transfert doivent être signés et scellés dans les bureaux d'un agent de change ³.

Dans le cas où l'objet de la négociation d'une valeur est dotal, par exemple un titre de rente frappé de dotalité et dont l'aliénation est permise sous l'obligation de

1. Req., 4 juillet 1899, D. P. 1900.1.206; Civ., 7 mars 1905, D. P. 1908.1.233.

2. Req., 20 mars 1894, D. 95.1.45.

3. Cass., 9 mai et 4 juin 1923, S. 1923.1.361.

remploi, il doit prendre toutes les précautions pour que l'emploi soit exécuté¹.

L'intervention de l'agent de change peut se présenter sous deux formes :

a) Il peut prendre une part active à la négociation du titre, remplissant en même temps les formalités nécessaires au transfert, ou, simplement, b) il n'intervient qu'à cette dernière opération et après que les parties ont exécuté seules l'aliénation, pour certifier l'identité des parties et des pièces produites.

Dans une hypothèse comme dans l'autre, il est obligé de surveiller le emploi².

Comme corollaire à cette règle, il a le droit de refuser son ministère, tant que les parties ne justifient pas de la réalité du emploi.

Comme dans l'hypothèse du tiers acquéreur, l'agent de change répond des faits de ses mandataires et même quand il a été autorisé par les époux à se faire remplacer par un intermédiaire dans l'obligation de veiller à l'accomplissement du emploi³. L'obligation de l'agent, dans cette dernière circonstance, dans l'affaire envisagée, s'explique par le fait que l'agent de change n'avait pas exercé sur son commis la surveillance nécessaire.

La responsabilité est encourue même si le commis n'agit pas en vertu d'un ordre spécial de son commet-

1. Req., 31 octobre 1904, D. 1905.1.142.

2. Cass., 9 mai et 4 juin 1923, arrêt cité; Rouen, 7 avril 1886, D. 1888.2.45; Toulouse, 10 décembre 1888, D. 90.2.211; Civ. cass., 3 décembre 1888, D. 90.1.71; Req., 7 juillet 1891, D. 92.1.185, note du cons. Lepelletier; Toulouse, 18 janvier 1893, sous Req., 20 mars 1894, D. 95.1.45; Paris, 15 mars 1895, D. 96.2.145, note Planiol; Bordeaux, 7 avril 1897, D. 97.2.510; Civ., 14 février 1898, D. 98.2.290; Cass., 15 juin 1915, D. 916.1.5-6; voir égal. : Req. 1^{er} février 1859, D. 59.1.266; Req., 23 mars 1898, D. 98.1.330; Req., 31 octobre 1904, D. 905.1.142; Civ., 28 janvier 1907, D. 1910.1.97.

3. Cour Paris, 4 juillet 1863, D. 63.2.142 et la note; Civ. cass., 3 décembre 1888, arrêt cité; Req., 7 janvier 1891, D. 92.1.185.

tant, il suffit que l'acte dommageable ait été accompli dans l'exercice des fonctions auxquelles il est employé¹.

Les agents de change ont, d'après la jurisprudence², la qualité juridique d'un mandataire salarié et nécessaire. Maintenant nous passons à une deuxième catégorie de fonctionnaires auxquels incombe la responsabilité de surveiller le remploi. Ce sont les notaires.

Quand il s'agit de remploi concernant les valeurs immobilières ou les placements hypothécaires, il est besoin de la compétence d'une classe spéciale de fonctionnaires. Ce sont eux qui ont compétence pour apprécier la régularité et l'utilité du remploi dans cette hypothèse.

« Apprécier la valeur d'un immeuble ou d'une hypothèque, le degré de sécurité qu'ils présentent, c'est l'affaire du notaire³. »

C'est seulement un notaire qui peut engager cette responsabilité, en vertu et par la nature de ses fonctions.

Il peut se présenter aussi sous une double qualité, comme mandataire de la femme dotale, et alors il assume une responsabilité qui, découlant de la convention du mandat, s'appelle conventionnelle ; il répond de l'exécution d'une obligation, à laquelle il a été partie, à laquelle son consentement est intervenu. Mais le notaire est responsable, même à défaut d'un mandat, en l'absence de tout contrat ou quasi-contrat.

Dans cette dernière hypothèse, on dit qu'il s'agit d'une responsabilité qui découle de la profession du notaire, c'est une responsabilité professionnelle, une responsabilité régie par les lois et les règlements spéciaux à sa pro-

1. Paris, 4 juillet 1863, arrêt cité.

2. Req., 7 juillet 1891, D. 92.1.185.

3. Esmein, note sous Cass. civ., 9 mai et 4 juin 1923, arrêt cité.

fession. D'ailleurs nous reviendrons sur le fondement et la nature de cette responsabilité.

Ce qu'on peut dire dès maintenant, c'est que la jurisprudence, dans les deux situations ¹, considère le notaire comme obligé de surveiller le emploi et par voie de conséquence, de refuser l'authenticité de l'acte à caractère illégal. Il doit faire tout son possible pour empêcher les parties de conclure un contrat, qui aurait comme conséquence la violation du contrat de mariage.

Par suite, il doit dévoiler aux parties les dangers de l'opération qu'ils sont en train de traiter.

Evidemment leur responsabilité est engagée, surtout quand ils ont commis une négligence dans l'exécution de leurs obligations. En recevant ainsi un acte illicite, un acte qui possède un caractère dolosif, frauduleux, les notaires commettent d'abord une faute professionnelle, car comme dit la Cour de cassation, « ils ne peuvent pas se retrancher derrière le caractère forcé de leur ministère, pour décliner la responsabilité qu'ils encourent au point de vue disciplinaire, en recevant des actes illicites, qu'ils savaient avoir pour résultat de faire échec aux conditions de emploi imposées par le contrat de mariage ² ».

Ensuite, dans le cas où ils ont commis un quasi-délit, dans le cas, surtout, où ils ont pu connaître le caractère frauduleux et illusoire de l'opération ³ et même d'ailleurs

1. Paris, 30 juillet 1908, D. 1911.2.126; conf. Civ., 25 novembre 1908, D. 1909.1.196; Req., 28 décembre 1910, D. 1911.1.451; Civ., 9 novembre 1904, D. 1905.1.102; Angers, 7 mai 1906, D. 1908.1.548; conf. Civ., 31 octobre 1900 et Req., 5 novembre 1900, D. P. 1900.1.554; Req., 9 janvier 1907, D. P. 1910.1.215; Req., 15 juillet 1908, D. 1908.1.336; Req., 23 juin 1909, D. 1910.1.288.

2. Cass. req., 23 mai 1892, S. 1892.1.399; voir en ce sens : Req., 16 février 1910, D. 1912.1.183 et la note (1-4).

3. Caen, 15 juin 1904, D. 1906.2.353; Paris, 11 décembre 1895, S. 1898.2.9 et la note; Toulouse, 18 janvier 1893 sous Cass., 20 mars 1894, S. 94.1.489; Paris, 15 mars, S. 1896.2.265.

« dans le cas où ils n'ont pas connu la fraude, où ils n'ont pas pu au moins la soupçonner », déclare un arrêt de la Cour de Paris ¹.

Et, d'ailleurs, il paraît résulter que la jurisprudence tende à affirmer la responsabilité du notaire, toujours quand de son fait résulte un préjudice ². Donc il n'est pas besoin de l'existence d'une faute grave ou de ce que l'on nomme *consciis fraudis*.

En d'autres termes, pour qu'une obligation de la part du notaire existe, il faut soit une imprudence, une légèreté, une négligence, soit un concert frauduleux, soit même un désavantage qui peut résulter de l'acte auquel il a prêté son office.

C'est l'idée du préjudice qui semble suffire à caractériser et à engager la responsabilité, préjudice laissé à l'appréciation souveraine du juge ³.

Une autre catégorie de responsables est formée par les conservateurs des hypothèques. Il a été jugé que les conservateurs doivent, avant de faire la radiation d'une inscription hypothécaire, examiner la qualité du demandeur comme la validité des titres sur lesquels se base cette demande ⁴.

Ainsi, dans le cas où il s'agit de créances dotales pour la sûreté desquelles ont été établies des hypothèques, le conservateur peut refuser son office, même si les créances ont été payées, si le remboursement n'a pas été accompagné de l'exécution des conditions de remploi, imposées par le contrat de mariage ⁵.

1. Paris, 11 décembre, arrêt cité et la note de M. Albert Tissier.

2. Cass. Req., 5 novembre 1900, S. 1903.1.214.

3. Pau, 15 mars 1892, S. et P. 1893.2.133; Cass., 10 juin 1899, S. et P. 1899.1.412 et la note.

4. Cour de Paris, 21 janvier 1834, S. 34.2.553.

5. Paris, 21 janvier 1834, S. 1834.2.553; Dijon, 26 mars 1840, S. 1840.2.422.

La Cour de cassation, par l'arrêt cité du 9 juin 1841, disait « qu'aux termes de l'art. 2157, les inscriptions ne doivent être rayées du consentement des parties, qu'autant qu'elles ont capacité à cet effet pour le motif que le droit acquis par l'inscription cesserait, si elle est radiée, le désistement de l'inscription est donc une véritable aliénation.

» Qu'ainsi le mari et la femme ne pouvant aliéner la dot, n'ont pas capacité pour consentir la radiation de l'inscription ¹. »

La loi, qui rend le conservateur des hypothèques responsable des actes relatifs aux fonctions qu'elle lui confie, lui donne par cela même le pouvoir et l'intérêt de s'assurer si celui qui a consenti la radiation a la capacité à cet effet.

c) LA SPHÈRE DE CETTE RESPONSABILITÉ.

La responsabilité des tiers en matière de remploi sous le régime dotal est plus grande qu'on ne le pense.

Elle varie — en principe — d'après la formule dans laquelle elle est exprimée, et d'après une opinion doctrinale, cette stipulation de remploi en cas d'obscurité doit être interprétée en faveur des tiers ². En ce qui concerne les tiers acquéreurs, d'abord :

On dit que dans le cas où le contrat de mariage impose simplement cette condition, sans l'accompagner d'aucun commentaire, sans autre précision, l'acquéreur

1. Civ., 9 juin 1841, S. 41.1.468; Lyon, 18 août 1864, S. 66.2.96; Bordeaux, 29 juin 1874, S. 1876.2.243, P. 1876.972, arrêt cité.

2. Baudry-Lacantinerie, *Traité dr. civ. fr.*, « Contrat de mariage », 3^e éd., t. III, n° 1751, p. 591.

n'est tenu de s'occuper que de la réalité, de la matérialité du emploi¹.

Mais un arrêt, de date assez ancienne, semble contredire cette opinion doctrinale ; dans un arrêt de la Cour d'Aix, la jurisprudence vient expliquer en quoi consiste la responsabilité découlant d'une stipulation de emploi. « L'acquéreur d'un bien dotal, dit cette Cour, dont la vente était permise au mari par une clause du contrat de mariage, le tiers débiteur a, non seulement intérêt à veiller à l'exécution de cette condition, mais encore à ce qu'elle soit remplie d'une manière utile et suffisante pour que la femme, ou ses héritiers, au cas où le mari deviendrait insolvable, ne puisse plus le rechercher². »

De là résulte que le tiers acquéreur est responsable de l'existence du emploi, de sa validité et de son utilité.

Postérieurement la Cour de cassation vient contredire cette décision, donnant ainsi raison à l'opinion de M. Baudry-Lancantinerie « que cette condition doit s'interpréter strictement ». Il s'agissait dans l'espèce d'une autorisation d'aliénation concernant certaines valeurs dotales. C'était évidemment une aliénation sous la charge du emploi ; mais sans que rien ait été dit sur l'utilité et sur la validité des emplois.

La Chambre des requêtes, dans une décision en date du 2 août 1853, se prononça sur la responsabilité des tiers contractant découlant de la stipulation du emploi, qui faisait la loi des époux et des tiers contractant avec eux ; ceux-ci pour agir valablement, avaient seulement à s'informer si les conditions prescrites pour le emploi

1. Plesoiano, v. *Etude sur la responsabilité des tiers acquéreurs*, thèse Paris, p. 16.

2. Aix, 20 juin 1834, S. 34.2.436.

avaient été observées, sans être obligés de vérifier plus ou moins l'utilité de remploi¹. »

Laissant de côté cette question controversée et n'ayant pas la prétention de présenter la solution la plus juste, nous pouvons dire que le tiers acquéreur est responsable, sinon de l'efficacité du remploi du moins de sa matérialité. C'est une responsabilité sérieuse et lourde² et qui peut empêcher dans une certaine mesure la transaction de biens dotaux aliénables à la condition d'être remployés.

Déterminés par le souci de trouver facilement des acquéreurs, les époux, à la rédaction de leur contrat de mariage, prennent des mesures pour l'écarter. Ils stipulent souvent que les acquéreurs ne seront pas responsables de l'accomplissement du remploi et de sa validité.

Ici une difficulté se présente sur la valeur de cette stipulation. On pourrait croire que le tiers acquéreur est déchargé purement et simplement de surveiller le remploi — ce serait une suppression complète de sa responsabilité. Mais la Cour de Riom dans une espèce où le contrat de mariage, tout en permettant l'aliénation des biens dotaux sous charge de remploi, portait que les acquéreurs ne seraient pas tenus de surveiller le remploi, déclare que si les tiers ne sont pas obligés de surveiller le remploi, le fait du remploi est pour eux une condition préalable et indispensable de la validité du paiement de leur prix d'acquisition³. La Cour de Bordeaux⁴ statua dans le même sens.

1. Ch. Req., 2 août 1853, S. 55.1.211.

2. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 7^e éd., t. III, n° 444, p. 338.

3. Riom, 10 janvier 1856, S. 57.11.31.

4. Bordeaux, 29 juin 1874, S. 1876.2.243.

Pourtant c'est l'opinion contraire qui l'a emporté, et avec beaucoup de raison, parce qu'elle est juste et logique. Aujourd'hui, une décharge formulée dans des termes pareils a pour résultat de dispenser les tiers acquéreurs de toute responsabilité¹.

La formule qui contient cette dispense est variable en ses termes. Une des formules habituelles est celle-ci : La future épouse sera seule juge de la validité et de la suffisance des emplois et des remplois et son concours à tous les actes, libérera d'une manière définitive et absolue tous les débiteurs, acquéreurs et détenteurs, qui seront sans droit ni qualité pour s'immiscer dans les dites opérations, ces derniers devront être définitivement libérés par le seul fait d'un emploi². »

Evidemment plus fréquente est la clause qui vient décharger le tiers acquéreur de la responsabilité à l'égard de l'utilité ou la valeur du emploi³, en conservant cette obligation de surveiller l'existence du emploi.

Les officiers ministériels, comme les notaires, agents de change, sur la responsabilité desquels nous avons insisté, sont obligés de s'intéresser à la matérialité et à l'utilité du emploi.

D'ailleurs la jurisprudence envisage plus souvent leur responsabilité dans le cas où le emploi est insuffisant, fait en fraude et avec un caractère dolosif. Leur responsabilité est engagée spécialement dans cette dernière hypothèse, dans le cas d'un emploi fictif. Et, d'ailleurs, leur concours ne leur est demandé qu'à cause de leur préparation, de leur compétence, dans l'appréciation des con-

1. Bordeaux, 21 avril 1888, S. 1890.2.154.

2. Ch. Req., 27 mars 1907, S. 1909.I.33, D. 1907.I.387.

3. Civ., 29 janvier 1890, D. 90.I.97 note de M. Planiol.

séquences pratiques découlant d'une opération, qui met en jeu les intérêts d'une femme.

Leur responsabilité est d'autant plus lourde que, pour eux, n'existe pas cette possibilité de s'affranchir comme pour les tiers acquéreurs, même quand une clause de décharge existera, concernant les tiers.

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que la clause litigieuse du contrat de mariage autorise à charge d'emploi ou de remploi, l'aliénation des valeurs dotales, consistant en actions nominatives de la Compagnie des chemins de fer de l'Ouest, que les conditions du remploi sont déterminées comme il suit : Le trésor, les administrations des Compagnies de chemins de fer n'auront jamais à surveiller ni exiger aucun emploi ni remploi et n'en seront point conséquemment garantis, il leur suffira pour être affranchis de toute surveillance et déchargés de toute responsabilité, de remettre les fonds aux mains du notaire ou de l'agent de change désigné par les futurs époux et chargés de réaliser l'emploi. »

« Attendu que cette clause a pour objet d'exonérer de toute responsabilité, moyennant l'observation de la précaution qu'elle prévoit, les tiers détenteurs de fonds dotaux, *mais qu'elle laisse subsister les obligations et par suite la responsabilité qui incombent de par la nature de leur fonction à chacun de ces officiers publics*, dans l'opération de l'emploi et du remploi ¹. »

Deux choses résultent de cette disposition jurisprudentielle :

1° Que l'agent et le notaire ne sont pas de véritables tiers ;

1. Cass. civ., 9 mai 1923, S. 1923.1.361.

2° Qu'ils ne peuvent être déchargés de leurs obligations de surveiller le remploi, ces obligations découlent de leur fonction, donc pour eux la responsabilité est plus dure, même excessive¹.

d) LA NATURE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION DE SURVEILLER
LE REMPLOI.

Après avoir vu en quoi consistait la responsabilité des tiers, il nous reste à dire quelques mots sur sa nature juridique.

Divers et multiples sont les systèmes fournis pour expliquer cette responsabilité de surveiller le remploi.

Ils diffèrent avec la catégorie de tiers, mise en cause.

a) Ainsi, les débiteurs de la valeur sujet à l'emploi ou au remploi, les tiers prêteurs de deniers, créanciers de la femme, les tiers détenteurs de biens sujets au remploi, le vendeur de biens acquis en remploi, sont considérés comme obligés contractuellement. Egalement les notaires liés par un contrat de dépôt ou de mandat, les agents de change considérés comme intermédiaires dans les négociations de valeurs de bourse et même, chose curieuse, le Trésor, les compagnies de finances et de commerce ou d'industrie, relativement au transfert et à la conversion de titres nominatifs² sont obligés, en vertu, dit-on, d'un rapport contractuel.

Nous nous référons seulement aux tiers dans le sens large que nous lui avons donné, et posons la question. Quelle est la convention à laquelle ces tiers son intervenus pour s'obliger ? A quelle occasion leur consente-

1. V. la note de M. Esmein, sous Cass: civ., 9 mai et 4 juin 1923, arrêt cité.

2. Robert (C.), *De l'emploi et du remploi*, thèse Paris, 1896, p. 71.

ment a-t-il été donné ? Sont-ils intervenus au contrat de mariage, qui contient la condition de emploi, source de l'obligation ? Et alors, s'ils n'ont pas été parties, s'ils n'ont pas discuté cette condition, peut-on affirmer qu'ils soient engagés conventionnellement ? Non. Et il suffit de réfuter cette thèse en rappelant que la manifestation de la volonté des parties doit être expresse et même concordante.

b) Un deuxième système concernant également les tiers acquéreurs, détenteurs, etc., prétend avoir trouvé sa base dans les articles 1239-1241 C. c.¹, d'après lequel « le paiement fait au créancier n'est point valable, s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier ».

Et dans notre hypothèse, la capacité d'aliéner de la femme et de son mari étant valide sous la réserve de certaines formalités, le non-accomplissement de ces dernières équivaut au manque de capacité. Nous ne croyons pas que cette condition imposée au contrat de mariage ait pour conséquence la perte de la capacité d'une personne, mais une preuve que les dispositions réglant les paiements ne sont pas applicables, c'est qu'en vertu de l'art. 1240, le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, ce qui permet de croire que dans le cas où le tiers acquéreur a ignoré l'existence de la stipulation du emploi, il n'y a pas lieu d'établir sa responsabilité et nous voyons que la jurisprudence ne fait aucune distinction. En outre pour le tiers acquéreur d'un immeuble dotal, aliénable à charge de emploi, on soutient que la responsabilité, est une

1. Emile Orvain, thèse Rennes 1906, p. 21.

conséquence soit de l'inaliénabilité dotale, soit une conséquence du régime dotal. Contre cette opinion et en dehors des considérations exposées, nous invoquons l'autorité d'un grand civiliste, M. Planiol. En réalité, dit-il, le tiers n'est tenu d'aucune obligation pour la bonne raison que le contrat de mariage est pour lui *res inter alios acta*¹. Ensuite l'inaliénabilité n'est pas de l'essence du contrat de mariage.

En ce qui concerne les officiers ministériels, comme les notaires, agents de change, en laissant de côté l'hypothèse ou un contrat, ou quasi-contrat — tel que la gestion d'affaires — est intervenu, il semble y avoir unité de vue. On croit généralement qu'ils sont tenus d'obligations résultant de leur profession, qu'en d'autres termes, c'est la loi qui détermine leur responsabilité.

Pour les notaires, sauf le cas où ils agissent en qualité de mandataires, quand ils s'immiscent dans les affaires des époux, donc quand un rapport conventionnel ne peut être conçu, la responsabilité que la jurisprudence vient leur attribuer, d'après l'opinion générale tant de la doctrine que de la jurisprudence, trouve sa source dans les lois qui réglementent leurs devoirs professionnels. C'est la loi du 25 ventôse an II qui prévoit et se réfère à la responsabilité des notaires.

C'est son article 68, conçu dans des termes d'ailleurs assez vagues, qu'on a invoqué à l'appui de cette opinion. « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues sur la responsabilité des tiers en raison de l'emploi et remploi, aux articles 6, 8, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67 est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit

1. Planiol, « Examen jurispr. », *Revue critique, jurispr. et législ.*, 1890, p. 321.

sous signature privée, sauf dans le cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant¹.

Et sous cet article dans une note insérée par M. Duvergier, nous trouvons commenté ce dernier alinéa, qui se réfère à une responsabilité concernant les irrégularités formelles d'un acte, dans ce sens que les notaires ne sont garants des actes de leur ministère que pour dol personnel, faute grave ou erreur grossière, équivalente à dol.

Voilà une juste interprétation de la dite loi et de son article, la signification juste qu'on peut attribuer à sa lettre et à son esprit. Mais nous avons vu, au contraire, que les notaires ne doivent pas s'arrêter là, ils doivent éclairer les parties sur les conséquences de leurs actes.

Et ce devoir de renseignement est variable, il dépend de l'ignorance et de l'inexpérience des parties en cause. Il est plus grand et indiscutable pour des personnes illettrées².

Quant au contenu de ce renseignement, il est assez large. Le notaire doit renseigner les clients, non seulement sur les conséquences de droit, mais il lui faut suppléer à leur ignorance relativement à la partie économique de l'affaire, sur les avantages matériels de l'opération, sur les conséquences pratiques de cette dernière³. C'est expressément l'avis de la jurisprudence. Ainsi la Cour d'appel de Nîmes, arrêt cité, déclare :

« Attendu qu'il est de principe et de jurisprudence que les notaires n'ont pas été institués seulement pour donner aux conventions des parties l'authenticité et la forme légale, mais qu'ils ont pour mission d'éclairer leurs

1. Duvergier, *op. cit.*, t. XIV, p. 184.

2. Paris, 15 mars 1895, D. 96.2.145 note de M. Planiol; Dijon, 8 décembre 1897, D. 99.2.115 notes 7, 8 et 9; Civ., 9 novembre 1904, D. 1905.1.102.

3. Sous Civ., Rej. et Cass., 10 décembre 1902, D. 904.1.62; Angers, 7 mai 1908, D. 1908.1.548; Req., 15 juillet 1908, D. P. 1908.1.336; Req., 23 juin 1909, D. 1910.1.288.

clients sur les conséquences de leurs engagements, de suppléer à leur ignorance des règles de droit ; qu'il est donc de leur devoir de les prémunir contre le danger et le préjudice qui pourraient résulter pour eux des conventions qu'ils sont chargés de rédiger et que leur responsabilité est d'autant plus engagée que l'inexpérience et l'ignorance des contractants est plus complète. »

Les arrêts cités sont basés sur la loi du 25 ventôse an II, art. 3 et 68 de la dite loi, et sur l'art 1382 C. c. Mais l'art. 3 de la loi de l'an II déclare simplement que les notaires sont tenus de prêter leur ministère ; quant à l'art. 68, nous avons vu le sens limité que, logiquement, il présente. Il se réfère au défaut de formation, car les art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 65, 66 et 67, auxquels il renvoie ne contiennent que des dispositions réglant les formalités dans lesquelles un acte doit être reçu et comment doit être gardée la minute des actes reçus.

L'obligation de surveiller l'utilité de remploi, ses avantages ne résultent pas de la loi. La loi est muette sur cette question. Quant aux articles 1382 et suivants du Code civil, leur inapplicabilité, dans notre espèce, est manifeste. Nous répondrons avec les arguments irréfutables de M. le professeur Planiol.

« C'est se méprendre sur la valeur de ces dispositions qui n'établissent aucune obligation particulière pour qui que ce soit et qui contiennent seulement la sanction des obligations établies par les lois et par les principes généraux du droit, en décidant que celui qui a causé un dommage par sa faute doit le réparer et, plus loin, « si l'on veut faire application de l'art. 1382 et 1383 aux notaires, il faut donc commencer par formuler les devoirs qui

existent à leur charge, après quoi ces articles interviendront pour les sanctionner¹. »

Pour l'agent de change également, on soutient que son obligation résulte de la loi du 11-12 juin 1909, qui, dans son article unique, déclare que « les déclarations et les certificats de transfert d'inscriptions de rente seront dressés, signés et scellés dans le bureau d'un agent de change, exerçant près d'une bourse pourvue de parquet, qui vérifiera la régularité de la négociation ».

Le point névralgique de la signification de cet article est le terme « régularité ». Qu'est-ce que l'auteur a voulu comprendre par cette expression ?

En nous référant aux travaux préparatoires, nous trouvons, dans le rapport de M. Boudenoot², un commentaire précis sur ce terme.

Aussi, d'après lui, l'agent de change, quand il prête le concours de son ministère, soit comme certificateur, soit comme négociateur, est soumis aux mêmes obligations que celles qui résultent de l'art. 15 et 16 de l'arrêté du 27 prairial an X. Plus loin M. Boudenoot devient encore plus précis, en affirmant que « *ce n'est pas une innovation, c'est seulement une précision apportée aux textes antérieurs dans l'intérêt des rentiers aussi bien que dans celui du Trésor et des agents de change* ».

Ce qui est important à retenir jusqu'à présent, c'est que ce n'est pas une aggravation nouvelle, que la dite loi apporte à la responsabilité des agents de change.

Pour nous prononcer d'une manière juste sur la signification du terme « régularité », il suffit de nous en rapporter aux articles 15 et 16 de l'arrêté cité, et après cela, nous serons éclairés sur toute la question de la respon-

1. Notes (14) sous C. de Paris, 15 mars 1895, arrêt cité.

2. Duvergier, t. CIX, p. 313, note citée.

sabilité légale et donc professionnelle d'un agent de change.

Dans l'art. 15, nous trouvons : « A compter de la publication du présent arrêté, les transferts d'inscription sur le grand livre de la Dette publique seront faits au Trésor public, en présence d'un agent de change de la Bourse de Paris, qui certifiera l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces produites. »

L'art. 16 n'est qu'une confirmation et une précision de l'article précédent et il établit la responsabilité de l'agent comme il suit : « Cet agent de change sera, par le seul effet de sa certification, responsable de la validité des dits transferts, en ce qui concerne l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et l'authenticité des pièces produites ¹. »

Maintenant nous pouvons conclure en quoi consiste la responsabilité de l'agent de change en matière de valeurs mobilières dotales, aliénables à charge de remploi, d'après les textes qui réglementent sa fonction, ses devoirs.

Il est tenu de vérifier, de certifier l'identité du propriétaire, de sa signature et des pièces produites. Il n'est pas obligé de s'intéresser au remploi effectué ni à son utilité. Aucun texte ne déclare au moins implicitement qu'il doive surveiller le remploi. Il doit faire l'office de certificateur.

Par la régularité de l'opération, donc, le législateur se réfère à la forme de l'opération, au formalisme de la négociation et non à la légalité et à l'utilité du transfert.

La véritable portée des textes est aussi loin que possi-

1. Duvergier, t. XIII, p. 466.

ble de l'interprétation jurisprudentielle qui, dans un arrêt de date assez récente, déclare que l'agent, même au cas où il n'intervient pas comme négociateur, mais comme simple certificateur, est responsable de la matérialité du remploi¹.

Cette interprétation extensive ne repose pas sur une disposition législative². C'est une interprétation faite par la jurisprudence et dictée par l'importance des intérêts en jeu, pour la consolidation de la stipulation dite de remploi. Elle est donc l'œuvre de la nécessité et du temps et n'a rien de commun avec la formule « vérifier la régularité de la négociation », car cette expression, comme le remarque M. Esmein, est trop peu précise pour entraîner de façon certaine un accroissement des obligations de l'agent de change alors qu'on a tant affirmé que la loi ne devait rien innover³.

Quant aux conservateurs des hypothèques, le système explicatif s'appuie sur la corroboration des articles 2157 et 2197.

Le premier instituant que les inscriptions hypothécaires ne peuvent être rayées que du consentement des parties intéressées ; on en a tiré la conclusion que le conservateur est non seulement fondé, mais obligé de refuser la radiation d'une hypothèque, lorsqu'elle est requise par une personne n'ayant pas capacité à cet effet.

L'invocation de cet article ne vaut pas grand'chose. Ici

1. Civ., 9 mai et 4 juin 1923, arrêt cité.

2. Esmein, note sous Cass. civ., 9 mai et 6 juin 1922, arrêt cité; Wahl — cette interprétation ne nous paraît pas pouvoir être admise — note sous Cass. req., 3 octobre 1911, S. 1912.1.385.

3. Voir pour plus de détails, M. Armand Prin, *De la responsabilité du notaire et celle de l'agent de change*, p. 97 et s. Il y a un autre système explicatif, proposé par M. Lévy Ulmann, qui consiste dans une délégation de desp., *Annales de droit commun et industriel français, étranger et international*, p. 897.

le législateur affirme qu'une radiation pour être valable doit être faite par des personnes capables et que, *a contrario*, elle est sans effet dans la situation inverse. Il regarde donc les parties en cause.

L'art. 2197 est celui qui détermine la responsabilité des conservateurs, énumère les cas où elle est engagée : 1° Cas d'une omission sur les registres des transcriptions d'actes, des mutations ; 2° Cas du défaut de mention dans leurs certificats d'une des inscriptions existant. Voilà limitée la responsabilité des conservateurs des hypothèques. D'après les textes qu'elle invoque, cette théorie n'est pas moins critiquable. Les arguments ne sont pas convaincants et leur thèse doit être rejetée. Les dispositions législatives qui se réfèrent à la fonction des conservateurs des hypothèques leur attribuent un rôle passif précis et clairement déterminé dans les art. 2196 et 2197.

e) CONCLUSION.

Après avoir passé en revue la responsabilité des tiers en cas de remploi sous le régime dotal, après avoir examiné en quoi elle consistait et après avoir exposé les discussions que la nature de cette responsabilité a provoquées, nous pouvons dire qu'elle ne résulte ni de la loi, ni de la volonté des parties, qu'elle est créée par la nécessité et grâce à la jurisprudence et qu'elle est contraire à la disposition de l'art. 1165¹.

Peut-être, la jurisprudence est-elle allée trop loin et, dans son désir de favoriser les intérêts de la famille, elle a porté atteinte aux intérêts non moins dignes d'être pris en considération d'autres personnes étrangères à l'opéra-

1. Edouard Forget, *La responsabilité des tiers*, thèse Paris, 1900, p. 17.

tion et auxquelles on impose une lourde charge. Notre conclusion est, comme dit M. Planiol, « qu'on a trop exagéré la nature de la condition de remploi en imposant à tout le monde a tort et à travers l'obligation d'en surveiller l'accomplissement ¹ ».

La condition de remploi se trouve encore sous le régime de la communauté, mais dans ce dernier cas elle diffère quant à son effet de celle insérée dans le contrat de mariage sous le régime dotal.

Le remploi imposé par un testateur. — Une stipulation du remploi sous le régime de la communauté n'est pas en principe opposable qu'au mari ², sa femme ayant le pouvoir et le droit de disposer de ses biens. Les tiers ne sont tenus de surveiller le remploi que dans le cas où ils sont avertis « qu'ils sont garants du remploi ³. »

C'est pour cette raison que nous n'avons pas insisté sur cette hypothèse.

Mais, une autre espèce curieuse où la jurisprudence fait application des dispositions et des normes qui régissent le régime dotal, un cas où une clause de remploi est opposable aux tiers, est celle qui concerne la condition imposée par un testateur, à son légataire, que les biens, objets du testament ne seront aliénables qu'à la condition du remploi.

Cette clause engage, d'après la jurisprudence, non seulement la responsabilité du légataire, mais la responsabilité des tiers, spécialement celle de l'agent de change,

1. *Revue critique de jurispr. et législ.*, 1890, p. 321.

2. Capitant, *Causes d'emploi et remploi*, thèse, Paris, 1889, p. 137; Orléans, 19 mars 1868, D. 1868.2.196; Req., 26 février 1869, D. 1870.1.71.

3. Note sous Cass. req., 30 octobre 1911, civ. 15 juin 1915, D. 1916.1.5.

dont le concours a été réclamé par le légataire pour l'opération de transfert.

C'est la Cour de cassation même qui se prononce dans ce sens, dans l'espèce suivante :

Un sieur Eug. G..., par un testament en date du 22 juin 1905, lègue une partie de ses biens à charge d'en remployer le montant en valeurs françaises nominatives de tout repos, frappées pendant trente ans d'inaliénabilité sauf remploi.

Le légataire, en exécution du testament, ayant acquis quatre inscriptions de rentes 3 % perpétuel, immatriculées en son nom avec mention de remploi ordonné par le testament, vend ces titres hors bourse et demande à un agent de change de remplir les certifications prescrites par la loi de 1909. Ce dernier se refuse à prêter son office au légataire, faute par ce dernier de justifier le remploi des sommes provenant de la vente des titres. Le légataire, lui, conteste ce droit, et l'assigne en justice pour « la non-prestation du service ». La Cour, dans ses considérants, tranche la question sur le droit et l'obligation de l'agent de change en ces termes : « Attendu que l'incapacité temporaire et la charge du remploi ayant été révélées à l'agent de change, dont le concours était réclamé, pour une opération de transfert portant sur des biens légués, par les actes et documents en sa possession, sa responsabilité pouvait se trouver engagée si par son fait il devait faciliter au légataire le moyen d'éluder les conditions qui lui étaient imposées¹. »

L'espèce est d'une grande importance par l'intérêt que suscitent les deux problèmes juridiques qu'elle présente :

1. Cass., 15 juin 1915, D. 1916.1.5-6.

a) D'abord, la clause d'inaliénabilité, sa large admission et sa justification juridique, est une question encore discutable. C'est une création jurisprudentielle, un produit issu de la nécessité, une mesure admise, sous la pression des besoins et en raison de son utilité pratique.

b) Ensuite l'effet absolu que cette condition de remploi, œuvre de la volonté seule du testateur, produit, mérite la plus grande attention. Il est contraire au principe que la volonté est autonome et qu'une personne ne peut être obligée sans sa volonté car le testateur en mettant cette condition, dans le désir d'empêcher le légataire de dissiper les biens dont il le gratifiait, ne pouvait obliger que ce dernier.

Mais, il n'avait aucun pouvoir d'engager la responsabilité des autres qui sont par rapport à lui et à ses actes des *penitus extranei*.

Le rapprochement qui a été fait avec le régime dotal est aussi inopérant.

L'obligation de surveiller le remploi, même sous le régime dotal, n'est pas juridiquement justifiée, mais elle peut être défendue pour l'intérêt du ménage, de la famille. C'est une mesure qui a des répercussions, par le *bonheur* qu'elle apporte dans la vie conjugale et a, d'autre part, des conséquences sociales remarquables. Donc, dans cette situation, la jurisprudence a l'excuse d'avoir servi l'harmonie et l'utilité sociales.

Dans le cas que nous avons exposé ci-dessus, ces sérieuses considérations n'interviennent pas ; il n'y a qu'un respect non motivé de la volonté du testateur, la satisfaction de son désir.

Notre conclusion est que cette disposition jurispruden-

tielle est critiquable, elle est contraire à tous les principes du droit, à la règle que la volonté humaine ne peut imposer d'obligation qu'à des contractants, aux termes de l'article 1165 « qui énonce une vérité de bon sens, faire naître d'un contrat des obligations pour un tiers qui y est demeuré étranger ¹ ».

1. Note de M. Albert Wahl, sous Cass., 30 octobre 1911, S. 912.I.385, arrêt cité.

CHAPITRE IV

ACTION DIRECTE

- a) *La conciliation de l'action directe avec la lettre et l'esprit de l'art. 1165 ; — a) Le rapport juridique entre le bailleur et le cessionnaire ; — b) Le rapport entre le bailleur et le sous-locataire ; — c) Rapport du sous-locataire avec le propriétaire.*
- b) *Le rapport juridique entre l'ouvrier-créancier de l'entrepreneur et le maître pour lequel les ouvrages ont été faits ; — a) Créance privilégiée ; — b) Action directe ; — c) Sphère de cette action directe ; — d) Conclusion.*
- c) *Le rapport direct entre le mandant et le mandataire substitué.*
- d) *Action directe en matière d'assurance.*
- e) *Conclusion.*

a) LA CONCILIATION DE L'ACTION DIRECTE AVEC LA LETTRE ET L'ESPRIT DE L'ART. 1165.

L'existence de cette *actio directa*, dont la nature et la définition ne sont pas fixées par les textes d'une loi, est défendue par la jurisprudence dans des matières nombreuses et diverses.

Nous examinerons cette action dans la matière de louage d'ouvrages, d'entreprise, de mandat et d'assurance, nous chercherons en quoi réside sa justification légale et s'il est possible de la concilier avec les dispositions de la règle, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes,

En matière de louage, on envisage un rapport direct, entre le bailleur et le cessionnaire, entre le bailleur et le sous locataire, et entre le cessionnaire et le propriétaire.

a) *Le rapport juridique entre le bailleur et le cessionnaire.*

C'est une question assez discutée, et importante que celle qui concerne le rapport du propriétaire et du bénéficiaire d'une cession de bail.

Il semble qu'aujourd'hui l'existence d'une action personnelle en faveur du propriétaire soit établie¹ lui permettant d'agir, directement contre le cessionnaire même quand il n'est pas intervenu, dans l'opération juridique et quoique le bail ne contienne aucune stipulation spéciale à l'égard de ce droit direct, car le cessionnaire, en se faisant consentir la cession, acceptait cette clause².

Systèmes explicatifs.

Sur sa nature, comme sur sa justification deux théories s'opposent :

a) *Substitution.* — Celle qui fait naître cette action du contrat même du bail. Par la cession, s'opère une substitution, le cessionnaire prend la place du premier locataire³ et par conséquent il est tenu d'accomplir envers le bailleur, toutes les obligations dont la charge avait été assumée par le locataire originaire.

1. Zacharie, *Cours de droit civil français*, 1844, t. III, p. 20; Delsol, *Code nap.*, 1854, t. III, p. 221; Colin et Capitant, *Traité élém. dr. civ.*, t. II, p. 537-538; Solus, *Action directe et l'interprétation des articles*, 1753, 1798, 1994, p. 210.

2. Baudry et Wahl, *Contra de louage*, t. I, n° 1140; Huc, t. X, n° 349; Paris, 22 juin 1894, D. 1895.2.71.

3. Josserand, *Traité dr. civ.*, t. II, n° 1226, p. 585.

C'est une conséquence, soutient-on, de l'acte intervenu entre le cédant et le cessionnaire et d'un raisonnement d'une logique incontestable. Les droits cédés passent avec les corrélatifs auxquels ils sont inséparablement liés — les obligations¹.

Cette opinion est combattue par d'autres auteurs, parce que, dans la législation actuelle, seule la cession de créances est permise et que le cessionnaire achète le droit du preneur, mais qu'il n'achète pas ses obligations².

C'est l'opinion qui croit que le bailleur ne possède contre le cessionnaire que l'action oblique de l'article 1166, la voie du droit commun. Une autre objection qui s'oppose comme un sérieux et impérieux veto, est celle qui est fondée sur l'art. 1165³.

b) *Stipulation par autrui*. — Sans avoir besoin d'insister sur cette opinion, dont la force logique et légale nous paraît assez contestable et condamnée par la règle *Res inter alios acta*, nous passons au deuxième système doctrinal, qui accorde une action directe au propriétaire, en vertu de l'art. 1121. C'est donc le système basé sur la stipulation pour autrui⁴.

Il est évident que l'article 1121 a pris dernièrement un développement inattendu. Son extension a dépassé toutes les prévisions. La jurisprudence l'applique dans les matières les plus importantes et les plus variées. Il est comme une soupape de sûreté à la disposition du

1. Aubry et Rau, *Traité dr. civ.*, t. V, n° 368, p. 337-338, note 18.

2. Laurent, *Cours dr. civ.*, t. XXV, n° 211.

3. Planiol, *Traité dr. civ.*, t. X, n° 560, p. 694.

4. Colin et Capitant, 6^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 539; Solus, *op. cit.* p. 210; Sergent, *op. cit.*, p. 71.

juge, pour se débarrasser de l'égoïsme et l'obstacle parfois nocif de l'art. 1165, sous des termes exagérés, présente dans la vie des relations juridiques.

Mais nous trouvons qu'on a trop abusé, qu'il est un peu exagéré de soutenir que nous nous trouvons en face de la stipulation pour autrui dans le cas d'une cession, car le locataire, en cédant son droit, a agi dans son intérêt seul, et non pour régler les affaires du bailleur, et rien ne prouve comme dit M. Planiol, « que le preneur » en cédant son droit au bail, ait entendu stipuler pour le bailleur¹ ».

Quant à la jurisprudence, elle paraît moins soucieuse de caractériser et de chercher à justifier le droit accordé au bailleur, mais elle est unanime et constante à déclarer qu'une action directe est accordée au propriétaire, contre le cessionnaire, pour le contraindre au paiement du loyer et à l'exécution des engagements découlant du contrat de location².

c) *Action directe en cas de plusieurs cessions.* — *Quid*, dans le cas de plusieurs cessions ? Est-ce que le bailleur possède cette action même contre les intermédiaires ? La jurisprudence répond que non³. Deux arrêts relativement récents tranchent définitivement la ques-

1. Planiol, *Traité dr. civ.*, t. X, n° 560, p. 694 et s.

2. Req., 4 novembre 1863, D. 64.1.38; Req., 23 mai 1870, D. 72.1.90, S. 70.1.283; Paris, 26 février 1873, D. P. 77.5.287; Lyon, 30 juin 1887, S. 89.2.180; Paris, 7 février, 31 décembre 1896, D. 97.2.515.

3. Paris, 7 février, S. 76.2.329; Civ. req., 19 juin 1876, D. 77.1.57, S. 76.1.465; Paris, 7 février 1877, D. 78.2.105, Paris, 11 février 1879, D. P. 79.2.135; Lyon, 30 juin 1887, D. P. 88.2.59, S. 1889.2.180, P. 1889.1.983; Paris, 31 décembre 1896, arrêt cité; Aix, 27 octobre 1917, D. 20.2.142, S. 1921.11.54; Cass., 20 juillet 1920, S. 1921.1.79.

Voir en sens contraire, Aubry et Rau, 4^e éd., t. IV, § 368, texte et note 18; Req., 24 mai 1870, D. 72.1.90; voir aussi la note de Labbé sous Paris, 29 février 1876, S. 76.2.329; voir également, *Rev. crit.*, 1876, p. 666, qui ne considère pas les cessionnaires successifs commun des débiteurs solidaires, mais qui peuvent être mis en cause par le propriétaire bailleur.

tion dans ce sens que les cessionnaires intermédiaires sont libérés à partir du moment où leur jouissance a cessé. Mais elle refuse contre le concessionnaire intermédiaire, non seulement l'action directe, mais, même, l'action oblique. Cette opinion est critiquée par M. Labbé qui admet contre le preneur originaire une action directe, tandis que contre les autres cessionnaires on pourrait intenter l'action de l'article 1166¹. Le bailleur n'a pour obligé que le preneur ou les cessionnaires occupants, les cessionnaires intermédiaires, du moment qu'ils se sont dessaisis au profit des cessionnaires actuels, deviennent de véritables tiers, *penitus extranei*.

Il en est autrement dans le cas où une clause est intervenue dans le contrat de louage et par laquelle le bailleur se réserve l'action même contre les concessionnaires intervenus.

Les motifs de cette décision présentent un remarquable intérêt, non seulement par leur justesse, mais par l'objection solide, qu'ils formulent peut-être involontairement, contre toute idée d'action directe.

« Ce principe (le défaut de rapport direct entre le propriétaire et le cessionnaire) s'explique et se justifie par le fait que le propriétaire n'a pas traité avec le cessionnaire intermédiaire et qu'il ne le connaît pas². »

C'est très juste, mais dans le cas d'une cession unique, le propriétaire a-t-il traité avec le cessionnaire, y a-t-il entre eux une convention qui les lie et sinon, comment s'explique cette action personnelle et directe du bailleur ?

1. Paris, 22 juin 1894, D. P. 95.2.71; Trib. civ. Rambouillet, 8 juin 1910; D. P. 1912.2.343.

2. Aix, 27 octobre 1917, arrêt cité.

C'est, à notre avis, la négation visible de la règle *Res inter alios acta*, car comment la cession, qui est pour le propriétaire *res inter alios*, peut-elle bien lui attribuer un droit, sans heurter le principe que d'une convention ne peut résulter un droit pour une personne étrangère.

Une seule explication est possible : l'utilité et l'avantage de cette action directe par rapport à l'action du droit commun, mise à la disposition de tout créancier, l'action de l'art. 1166 C. civ. Cette action directe permet au propriétaire d'être satisfait sans crainte du concours des autres créanciers du cessionnaire.

Seules, les considérations pratiques peuvent justifier cette mesure de garantie, de faveur, laquelle cependant présente un caractère anti-légal.

b) *Le rapport entre le bailleur et le sous-locataire.*

Si la conception dominante attribue sans hésitation au bailleur une action directe contre le cessionnaire, dans le cas d'une cession, la reconnaissance d'un rapport personnel et direct entre le propriétaire et le sous-locataire fait l'objet d'une divergence d'opinion.

La différence est née à cause de la nature juridique distincte de ces deux institutions et a préoccupé longtemps la doctrine et la jurisprudence.

On croit aujourd'hui que la cession de bail constitue une véritable vente et non plus, comme la sous-location, un contrat de louage. Ainsi donc, ses effets sont déterminés non d'après les effets relatifs du contrat de louage, mais d'après les règles qui régissent les cessions de droits mobiliers¹.

1. Note sous Lyon 26 décembre 1882, S. 84.2.121.

Mais en revenant à notre espèce de sous-location, la jurisprudence en majorité¹ s'est affirmée aussi pour une action personnelle en vertu de laquelle le bailleur originaire peut s'adresser — en dehors de l'action oblique de l'art. 1166, directement au sous-preneur.

Les arguments sont variés, non seulement par leur force logique mais même par leur fondement juridique.

Systèmes explicatifs

a) *La loi.* — Une première opinion explique que cette action directe résulte de la loi elle-même². C'est l'art. 1753 du Code civil qui, par ces termes, ne laisse aucun doute. Le sous-locataire « n'est tenu que jusqu'à la concurrence du prix de la location, dont il peut être débiteur au moment de la saisie et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation.

C'est l'expression « tenu », quoique rendue, sous une forme négative, qui crée l'obligation personnelle et directe du sous-locataire.

Cette obligation limitée par le texte, jusqu'à la concurrence du prix, dont il peut être débiteur, est exécutable non seulement sur les meubles, mais d'une manière générale sur l'ensemble du patrimoine du sous-preneur. C'est une véritable action personnelle, « car le fait même que

1. Paris, 10 mai 1849, D. 849.2.179; Civ., 24 janvier 1853, D. P., 53.1.124; Paris, 26 février 1873, D. P. 77.5.287; Req., 8 novembre 1882, D. P. 83.1.305; Civ., 13 janvier 1892, D. 92.1.509; Trib. Marseille, 15 mars 1907; *Rec. Somm.*, 1908, n° 1734; Trib. paix Lille, 9 mars 1910, *Rec. Somm.*, 1911, n° 1514 cités ces deux derniers par M. Solus, note 1, p. 38; Trib. civ. Seine, 31 décembre 1912, *Gaz. trib.*, 7 mars 1913; Lyon, 30 juin 1887, D. 88.2.59; Trib. Seine, 9 janvier 1895, *Gaz. trib.*, 4 avril 1895, 12 juin 1895, *Gaz. trib.*, du 25 juin 1895, 8 août 1895 sous le droit du 15 septembre 1895 cité par C. civ. Fuzier-Hermann sous l'art. 1713, n° 23.

2. Aubry et Rau, t. V, n° § 368, note 20 et les références, p. 339.

la loi restreint son obligation, signifie qu'il est obligé personnellement ».

Quoique, en général, la jurisprudence ne cherche pas à justifier sur quoi repose cette action, elle a par trois arrêts soutenu cette théorie.

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1753, le propriétaire à défaut du paiement par le locataire principal de ses loyers peut exiger de son sous-locataire, le prix dont il se trouve débiteur ¹. »

Les termes de ces dispositions (celle de l'art. 1753) expliquent nécessairement l'idée d'une obligation personnelle, laquelle rend le sous-locataire directement passible, de la part du propriétaire, et par la même voie d'exécution que le locataire lui-même

Un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 17 décembre 1912, tient le même langage.

« Attendu que le propriétaire a incontestablement le droit de s'adresser directement au sous-locataire qui se trouve, d'après les termes mêmes de l'article 1753 du C. civ., son obligé personnel ². »

Cette théorie est plus que critiquable, les auteurs anciens et modernes, les plus compétents, la repoussent comme erronée, car d'une interprétation plus serrée et plus logique, résulte que le législateur se réfère à une simple affectation réelle, à un droit réel ³, que le propriétaire exerce en sa qualité de créancier gagiste, sur les meubles qui garnissent les lieux loués, au moment de la saisie.

1. Ch. civ., 24 janvier 1853, D. 53.1.124.

2. Trib. civ. Seine, 17 décembre 1912, *Gaz. trib.*, 7 mars 1913.

3. Laurent, t. II, n° 200; Capitant, *op. cit.*, t. II, 6^e éd., p. 541; Planiol, *op. cit.*, n° 561, p. 696; Baudry et Wahl, *op. cit.*, n° 114 et s.; Labbé, note sous S. 1876.2.329.

Le mot « tenu » n'implique nullement une action personnelle et directe, mais une obligation réelle. D'ailleurs d'après MM. Baudry-Lancantinerie et Wahl, il peut expliquer, parfaitement, cette action indirecte, l'action oblique.

D'autres défenseurs de l'action directe ont invoqué le principe de la représentation.

b) *Représentation*. — Le preneur, en traitant avec le sous-locataire, a agi en son nom et au nom de son bailleur, en vertu d'un mandat tacite¹.

Ce mandat tacite résulte de la circonstance, que le propriétaire a accepté implicitement, et d'avance le droit pour le preneur d'user de sa chose, en ne s'opposant pas à ce que sa propriété soit sous-louée.

Et comme en vertu des principes du contrat synallagmatique, les droits imposent des obligations corrélatives, il résulte que le sous-preneur est tenu comme obligé personnel, situation qu'il a consentie, aussi d'une manière tacite.

Mais une condition, *sine qua non*, pour qu'il y ait lieu à une représentation, est que le mandataire agisse au nom et pour le compte du mandant.

Est-ce que dans le cas d'une sous-location, le locataire a agi au nom et dans l'intérêt de son propriétaire ? Une réponse négative s'impose. Le locataire a contracté pour lui seul, pour la satisfaction de ses intérêts propres, c'est lui qui a fixé le prix, en cherchant à tirer le plus grand avantage de l'opération. On ne peut pas imaginer que ce mandat tacite ait été donné au profit du seul manda-

1. Guillouard, *Contrat de ouage*, t. 1, *op. cit.*, n° 339, p. 362; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 368, note 20.

taire et d'ailleurs, dans cette hypothèse, le mandat n'existe pas. C'est un simple *conseil* qui ne lie personne ¹.

Ensuite le représentant dans l'hypothèse du mandat a assumé une obligation, celle de l'exécuter, le locataire au contraire est libre de sous-louer ou non. C'est une faculté, une prérogative qu'il possède et non une obligation.

Comme le remarquent MM. Baudry et Wahl ², ce raisonnement est le fruit d'une grave confusion entre la notion d'autorisation, en l'espèce de sous-louer, et celle de mandat, radicalement différente par sa nature et par ses suites.

c) *Occupation*. — Et enfin, la troisième conception explicative du droit direct est le fait de l'occupation.

L'obligation du sous-preneur, comme le droit du bailleur originaire, résulte de ce fait matériel, de cette source extra-contractuelle, qui est l'occupation.

La jurisprudence aussi, admet que le propriétaire a contre le sous-preneur une action personnelle en paiement de ses loyers, action directe puisée dans son droit propre qui a sa base dans l'occupation de l'immeuble. L'arrêt cité du tribunal civil de la Seine opine, comme nous l'avons vu, pour une action directe en faveur du bailleur « droit qu'il puise... encore dans le fait même de l'habitation » ³.

C'est la même conception, à notre avis, qui a dicté les décisions accordant une action directe contre le cessionnaire ou preneur occupant et la refusant contre les ces-

1. Delsol, *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoléon*, 1856, p. 390.

2. Baudry et Wahl, t. XX, *op. cit.*, n° 1145.

3. Trib. civ. Seine, « Recueil de jurispr. », *Gaz. trib.*, 7 mars 1913.

sionnaires ou le sous-locataire intermédiaire, qui ne se trouvent plus en possession des lieux.

Mais, somme toute, ce système est aussi faible que les autres, car les engagements qui se forment sans conventions sont définis par le Code civil, dans le titre quatrième, art. 1370.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi (et notre cas ne s'y trouve pas), les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Et ici encore le législateur énumère limitativement les diverses obligations formées involontairement, sans faire la moindre illusion à notre situation d'occupation.

Cela suffit pour repousser cette argumentation bizarre, qui renverse tous les principes.

M. Laurent la considère comme une hérésie et la combat de toutes ses forces.

« Quoi! ma chose est l'objet d'un contrat et cela suffit pour que je sois tenu des obligations qui en découlent. Je serais donc partie au contrat, comme ayant été représenté par ma chose¹. »

Action indirecte.

Maintenant nous exposerons la conception adverse, qui nie l'existence d'une action directe.

Cette conception à son tour comprend plusieurs systèmes différents comme structure, et comme conséquences.

a) *Système Planiol-Laurent.* — MM. Laurent et Planiol¹ interprètent l'art. 1753 comme une application,

1. Laurent, *op. cit.*, t. XXV, n° 200.

2. Laurent, *op. cit.*, t. XXV, n° 202, p. 227; Planiol, n° 561, p. 697.

d'ailleurs restreinte, de l'article 2101 : 1^o C. c. le bailleur possède en vertu du dit article un droit réel, il a un privilège sur les meubles, qui peuvent se trouver dans les lieux loués. Mais ce privilège n'est accordé au propriétaire que dans la mesure et pour la somme que le sous-locataire doit au preneur originaire — c'est-à-dire jusqu'à la concurrence du prix de sa location, au moment de la saisie.

C'est la véritable et la seule signification, prétendent-ils, qu'on peut donner à l'art. 1753 et à son expression, — source de toutes les divergences — « tenu ».

Il ne s'agit pas d'une action personnelle, action directe, qui serait contraire aux principes fondamentaux du droit et aux intentions du législateur, c'est au contraire une garantie, une mesure de faveur pour le propriétaire et dont les effets pratiques sont si utiles, non seulement aux droits dignes d'intérêts du propriétaire, mais à la satisfaction de la justice, qui doit régner dans la manifestation de tous les actes juridiques.

b) *Système Labbé*. — Un autre système est celui de M. Labbé¹. Par l'art. 1753, la loi vient renforcer sensiblement la sûreté du bailleur, mais il ne résulte ni de sa lettre ni de son esprit, que le sous-locataire soit débiteur du bailleur de son bailleur.

Il n'y a pas une obligation directe du sous-preneur envers le propriétaire.

En faveur de cette conclusion plaide non seulement la stricte et la saine interprétation du texte, mais cette règle générale en matière de conventions, qu'une obligation

1. Labbé. *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1876, p. 571 et s., note sous S. 1876.2.329.

ne peut résulter que de la volonté des parties en cause.

Et comme le sous-locataire n'a traité qu'avec le preneur principal, c'est envers ce dernier qu'il est obligé.

Mais, pour protéger efficacement le bailleur, la loi vient affecter la créance résultant de la sous-location par un privilège en faveur du propriétaire.

Bien qu'à première vue ces deux systèmes, privilège et créance privilégiée, paraissent semblables à peu près identiquement, il y a entre eux une différence assez nette.

Le premier est plus restreint. D'après lui, l'art. 1753 ne règle qu'un point spécial, le droit pour le bailleur de saisir, gager les meubles du sous-preneur et d'exercer sur ces meubles son privilège de bailleur.

Le système de M. Labbé « estime, au contraire, que la disposition de cet article est plus large, qu'elle doit s'appliquer à toutes les obligations nées du contrat de bail et qu'elle permet au bailleur d'exercer toute action du sous-bailleur contre le sous-locataire, sans avoir le concours des autres créanciers du sous-bailleur ¹. »

L'importance de ce dernier système sous le rapport de l'utilité qu'il produit ne peut être mise en doute, elle est évidente, mais cette conception n'a pas été adoptée par la jurisprudence et ensuite tous deux sont critiquables pour le même et sérieux motif : « Il n'y a pas de privilèges sans textes, et rien dans le texte cité ne permet de penser à son existence. »

c) *Système Solus. Enrichissement sans cause.* —

Un troisième système a été proposé, timidement d'ailleurs, dans une thèse de doctorat par M. Henry Solus.

Il est d'avis, comme tout le monde, que le bailleur

1. Charles Dupuis, note sous D. P. 1890.2.97-98.

comme ses intérêts méritent un meilleur traitement, et dans le but de les satisfaire d'une manière légale, sans méconnaître certaines dispositions catégoriques du Code, il propose l'abandon de cette interprétation compliquée du texte et réclame l'attribution au propriétaire de l'action de *in rem verso*, car la théorie d'enrichissement sans cause est applicable dans l'espèce ¹.

Il examine les conditions essentielles à l'existence de l'*in rem versum* et arrive à la conclusion qu'elles s'y « trouvent réunies ».

1° L'appauvrissement du bailleur n'est pas douteux, dit-il. Il est vrai qu'en cas de non-paiement, le propriétaire a une perte. L'existence de cette première condition, concluons-nous, est donc indiscutable.

2° Passons à la deuxième condition de « l'enrichissement ». « Les véritables enrichis, soutient M. Solus, n'est pas le sous-débiteur, parce qu'il a payé ou doit encore la contre-partie. Ce sont ceux qui détiennent actuellement les sommes dont se trouve privé le créancier originaire, c'est-à-dire les créanciers ordinaires du débiteur immédiat, qui, ayant rencontré dans le patrimoine de leur débiteur une valeur, la créance née de la sous-location (qui ne s'y trouvait qu'en raison d'un appauvrissement du créancier originaire impayé), s'en sont emparés en totalité ou en partie ². »

L'auteur veut dire que l'enrichi est le créancier du locataire qui a été satisfait.

d) *Critique de cette opinion « d'enrichissement injuste » :*

a) D'abord une objection, le sous-locataire n'a-t-il pas

1. Henry Solus, *op. cit.*, n° 170, p. 239 et s.; n° 173, p. 242 et s.

2. Solus, p. 243-244

aussi une dette envers le preneur principal, ne peut-il le considérer comme son créancier ? Donc la formule concernant l'enrichi ne nous paraît pas juste, ni claire.

b) Ensuite, considère l'auteur, un créancier payé, qui reçoit ce qui lui est dû, qui entre en possession de son droit s'est-il enrichi ?

L'enrichissement consiste dans une augmentation de la valeur du patrimoine du défendeur¹. Le droit de créance est un droit acquis qui fait partie du patrimoine de son titulaire, même si ce dernier n'a pas encore son exercice. Mais l'acquisition de la possibilité de son exercice ne constitue pas un enrichissement. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans une espèce à peu près semblable².

Dans notre cas, le créancier n'a qu'un simple avantage, celui d'entrer plus tôt en possession de sa créance. Mais cela ne suffit pas à caractériser un enrichissement sans cause. La jurisprudence exige qu'une valeur soit entrée dans le patrimoine du défendeur, pour qu'on puisse dire qu'il se trouve enrichi.

« Le simple avantage, la plus-value obtenue ne peut pas justifier l'action de *in rem verso* ³. »

c) Admettons par impossible qu'un enrichissement existe ; découle-t-il du fait personnel du demandeur ? Y a-t-il un lien de causalité entre la perte et le profit ?

Evidemment non. Dans notre cas, l'auteur indique que l'enrichissement est la créance née du sous-contrat.

Mais la sous-location n'est pas le fait de l'appauvri. Elle est l'œuvre du preneur principal et du sous-

1. Ribert, note sous Req., 23 novembre 1908, D. P. 1912.1.217.

2. Cass. req., 11 juillet 1889, S. 1890.1.97 et la note de M. Labbé.

3. Note de M. Naquet sous Cass., 23 novembre 1908, S. 1910.1.425.

locataire. M. Solus veut soutenir que cette créance « ne se trouvait dans le patrimoine du débiteur qu'en raison du non-paiement du propriétaire et que donc c'est à ce dernier que tient l'enrichissement ». C'est aller trop loin pour sanctionner un enrichissement produit indirectement, car l'unanimité, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, est formelle. « Si l'enrichissement ne se produit pas par l'effet immédiat de l'acte de l'appauvrissement, si l'acte n'a pas fait entrer dans le patrimoine une valeur nouvelle et si le patrimoine s'est augmenté par des circonstances ultérieures, l'action de *in rem verso* est rejetée ¹. »

d) Et finalement, cet enrichissement est-il sans cause ? Le créancier ne peut se mettre à l'abri de son titre pour garder ce qu'il a reçu ? Pas même l'auteur n'ose soutenir une chose pareille. Il se contente de dire : « Admettre que les créanciers du débiteur concourront avec lui et recevront quelque chose, tandis qu'ils ne s'attendaient à rien, serait causer dans cette mesure un préjudice au créancier originaire, et ceci serait illicite. »

Cette théorie, étant donnée qu'elle ne satisfait pas les conditions essentielles, qu'une jurisprudence unanime et la doctrine ont déclaré indispensables, ne possède aucune solution juridique, favorable en même temps à ménager les intérêts appréciables du propriétaire.

La jurisprudence est précise ; elle n'a pas admis une action de *in rem verso*, basée sur le seul fait d'un enrichissement.

1. Civ. cass., 31 juillet 1895, P. et S. 1896.1.397; Wahl, note sous S. 1907.1.465; Aubry et Rau, 4^e éd., t. IV, p. 725, § 441 et la note 16.

c) *Le rapport du sous-locataire avec le propriétaire.*

La jurisprudence, au contraire, s'est toujours refusée à admettre un recours immédiat et direct de la part du sous-preneur contre le bailleur.

Cela ne veut pas dire que le sous-locataire n'ait pas à sa disposition le moyen ordinaire de l'action oblique.

Cette attitude jurisprudentielle, on la justifie par la circonstance que le sous-locataire n'ayant traité qu'avec le preneur principal, c'est contre ce dernier qu'il peut s'adresser, c'est contre ce dernier qu'il peut avoir des droits, leur convention étant *res inter alios acta* pour le propriétaire ; celui-ci se trouve à l'abri de toute poursuite.

Ce raisonnement mérite le reproche d'être inconséquent, car s'il n'y a pas de droits contre le propriétaire, il ne devrait également pas y avoir d'obligation, non en vertu de cette théorie du contrat synallagmatique, que les obligations sont la contre-partie des droits, mais pour l'argument invoqué ci-dessus, *manque de rapport contractuel*.

Une série de lois : celle du 23 octobre 1919, art. 4¹, celle du 31 mars 1922, art. 2, et la loi du 2 août 1924, art. 1², est venue — en raison de la pénurie de logement — proroger les baux des locaux d'habitation, au profit de tout locataire, sous-locataire, etc.

Mais la question était de savoir si ce droit de prorogation était un droit direct, personnel et indépendant accordé au sous-locataire, ou s'il ne pouvait agir que du chef de son bailleur.

1. D. P. 1920.4.413.

2. *Journ. off.*, 1^{er} avril 1922, D. P. 1922.4.73.

La jurisprudence parut d'abord abonder en ce sens, en ne le lui accordant que si le locataire le possédait et dans les limites où il le possédait. Ainsi, si le locataire avait perdu le bénéfice de prorogation, le sous-preneur aussi n'avait aucune possibilité, car, soutenait-elle, « il ne peut agir qu'aux lieu et place de son bailleur et dans les mêmes conditions que lui, l'ayant cause ne pouvant avoir plus de droit que son auteur ¹ ».

En conséquence, si le titulaire n'a pas droit à la prorogation (spécialement parce qu'il a été imposé à la contribution sur les bénéfices de guerre), le sous-locataire ne peut pas plus que lui la réclamer ².

Mais comme toujours, elle a fini par lui reconnaître un droit propre et distinct de celui du locataire principal.

Un sieur Passeron était sous-locataire depuis assez longtemps d'un sieur Echampé. Il sollicita, en invoquant la loi du 2 août 1924, une prorogation. Mais le tribunal de Nice rejeta la demande pour le motif que le sieur Echampe, son bailleur, n'habitait plus les lieux loués et ne pouvant bénéficier d'aucune prorogation, le sous-locataire ne saurait avoir plus de droits que lui.

Mais la Commission supérieure de cassation, en date du 17 décembre 1925, cassa le dit jugement, considérant que le sous-locataire, en sa qualité d'occupant de bonne foi, avait un droit personnel à la prorogation facultative de la dite loi du 2 août 1924 ³.

C'est surtout l'application de la loi du 30 juin 1926, réglant les rapports entre les locataires et les bailleurs, en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer

1. Com. sup. de Cass. (2^e section), 7 juillet 1923, D.F. 1923, éhronique 30.

2. Comm. sup. de Cass. (séance plénière), 26 avril 1923, D. 1923, chronique 21.

3. Comm. sup. de Cass., 17 décembre 1925, D. H. 1926, p. 102.

d'immeubles ou locaux commerciaux ou industriels¹, loi complétée et interprétée par une autre du 22 avril 1927, qui a donné lieu à de nombreux arrêts².

La préoccupation principale de cette loi était de protéger la propriété commerciale sur le fonds de commerce³.

Dans ce but, elle donne (art. 2, loi 30 juin 1926) le droit aux locataires cessionnaires ou leurs ayants cause, qui voudraient obtenir le renouvellement d'un bail, de notifier une demande de renouvellement au propriétaire dans un certain délai maximum de deux ans, avant l'expiration du bail.

Et son art. 4 fortifie cette faculté accordée au preneur, en lui réservant un droit à indemnité si le propriétaire refuse de renouveler aux conditions déterminées par les articles précédents ou si les motifs allégués par lui, ne sont pas jugés graves et légitimes.

Ici, de la simple lecture des textes cités, on pourrait conclure que le sous-locataire n'a pas été « visé » directement. Mais tout le monde s'accorde à dire, et c'est ce qui résulte d'ailleurs au cours des travaux préparatoires, que la loi s'est référée à lui et qu'il est indiscutablement compris dans l'expression large d'ayant cause. A l'heure actuelle, on ne discute plus sur cette question.

Mais la controverse existe encore sur la nature du droit qu'il possède, sur le point de savoir s'il est direct ou indirect, chose sur laquelle la loi ne s'explique point.

On peut soutenir que c'est un droit indirect. La loi n'a pas pensé à déroger à une jurisprudence généralement fixée sur le lien juridique entre le sous-locataire et le

1. *Journ. off.* du 1^{er} juillet 1926.

2. *Journ. off.* du 24 avril 1927.

3. Robert Martin et René Maus, *Commentaire de la loi du 30 juin 1926*, voir préface; note Esmein, sous Cass. 28 mai 1930, S. 1932.1.9.

propriétaire et d'ailleurs « ayant cause » et « action directe » sont deux notions diamétralement opposées et qui se repoussent¹, comme l'affirme un jugement du tribunal de Lille².

« Attendu que le sous-locataire n'a pas en principe de droit propre et direct à l'encontre du propriétaire, que sa qualité d'ayant cause exclut le lien de droit civil, que rien dans la loi du 30 juin 1926, ni même dans celle du 27 mars, ne permet de croire à une volonté de dérogation au droit commun, qu'au contraire il a été affirmé au cours des travaux préparatoires que le sous-locataire n'aurait des droits que dans les limites de ceux du locataire principal. »

Cette opinion juste n'a pas triomphé dans la jurisprudence.

L'avantage que l'action directe prescrit, en accordant au sous-locataire un droit de renouvellement du bail dans tous les cas, sans tenir compte si le preneur principal garde ou non cette prérogative et pour le seul fait qu'il a créé dans cet immeuble un fond de commerce³, a été plus fort que la logique. Cette supériorité, vue sous l'angle de l'utilité pratique, a incité la jurisprudence, dans des décisions assez nombreuses, à permettre au sous-preneur d'agir directement contre le propriétaire de l'immeuble.

Et par une argumentation subtile, lui a reconnu un

1. Colin de Verdière, D. H. 1929, p. 33 et s.

2. Trib. civ. du Nord, Section de Lille, 6 décembre 1927, D. H. 1928.14.

3. 3 novembre 1931, D. H. 32, p. 33; Req., 2 avril 1930, D. H. 1930, p. 265; D. H. 30, p. 361; Civ., 10 juin 1929, D. H. 1929, p. 377; Trib. civ. du Nord-Lille, 6 décembre 1927, D. H. 28, p. 315; Trib. civ. Rhône, 18 janvier 1928, D. H. 28.193, Cour de Lyon, 30 décembre 1927, D. H. 28, p. 110; Trib. civ. de la Seine, 19 décembre 1927 D. H. 28, p. 111.

droit indépendant, que la loi du 30 juin 1926 a institué, le bénéfice du renouvellement non en vue de la protection des personnes, mais pour la protection des fonds de commerce (DH. 28.315) et que le sous-locataire exploitant dans les lieux sous-loués un fonds de commerce, a personnellement vis-à-vis du propriétaire, à moins que la souslocation n'ait eu lieu contrairement aux clauses du bail, les mêmes droits que s'il tenait directement du bailleur.

Nous avons insisté aussi sommairement sur ces divers systèmes qui cherchent à expliquer la liaison juridique existante entre le bailleur et le sous-locataire, parce que notre but n'est autre que de constater que la jurisprudence a accordé au propriétaire une action directe contre le sous-preneur et contre le cessionnaire, et qu'elle considère ces derniers comme des obligés personnels. Une fois en possession de ce résultat, une autre question se pose. Cette action a-t-elle une sphère d'application limitée, ou son domaine est-il aussi large que possible ?

On est tenté de croire qu'elle ne concerne que les loyers et les sanctions qui découlent de leur non-paiement. Mais la jurisprudence a admis le contraire. Elle a statué que l'action directe du bailleur peut s'exercer d'une manière générale, non seulement par la voie de saisie-gagerie, mais par toutes les voies possibles et d'autre part sur tous les biens et pour toutes les obligations se rattachant à la qualité d'occupant.

L'action directe n'est pas limitée au paiement de loyer.

Une application de cette interprétation extensive a été faite en matière d'incendie. Une question qui a fait l'ob-

jet d'une longue controverse, a été celle de savoir si le sous-locataire est tenu directement au paiement des indemnités dues à cause d'un incendie survenu.

A première vue, il semblerait que cette question présentant un caractère accessoire, est résolue d'avance par le fait qu'on reconnaît ou non une action directe au bailleur pour le paiement de ses loyers contre le sous-preneur. C'est le motif juridique de l'opinion dominante qui régit la matière.

Cette thèse d'interprétation extensive, on peut l'affirmer, est la conception dominante à l'heure actuelle, et c'est, on peut dire, l'œuvre d'une jurisprudence constante et abondante¹.

Sa base fondamentale, ses considérations juridiques sont les suivantes : Le lien de droit que l'art. 1753 établit directement entre le bailleur et le sous-locataire, le rapport personnel qui unit le propriétaire et le sous-preneur, permet juridiquement d'invoquer contre ce dernier l'art. 1733. Donc un sous-locataire à la charge duquel n'existe aucune faute peut être poursuivi et condamné à la réparation de l'indemnité résultant d'un incendie. Et ensuite cette obligation directe a sa source dans le fait de l'habitation même.

La Cour de cassation dans un arrêt tout à fait récent, exprime et précise d'une façon indéniable ce point de vue².

« Les dispositions de l'art. 1733 sont fondées sur la présomption que l'incendie qui a éclaté dans une mai-

1. Paris, 12 février 1851, S. 1851.2.207; Paris, 18 juin 1851, S. 1852.2.235, D. 52.2.277; Paris, 16 août 1872, S. 72.2.196 et la note; Trib. Châtillon-sur-Seine, 28 janvier 1882, S. 1883.2.21; Grenoble, 4 juin 1895, D. 96.2.370;

2. Civ. 13 janvier 1892, D. 92.1.509, S. 92.1.89.

son est arrivé par la faute des personnes qui l'habitent et auxquelles incombent l'obligation de veiller à la conservation de la chose en qualité de preneurs, que dans la généralité de ses termes, cet article comprend aussi bien ceux qui demeurent à titre de sous-locataire qu'à titre de locataire principal. »

D'autre part, il résulte des termes de l'art. 1753 que les sous-locataires sont vis-à-vis du propriétaire originaire dans la situation d'obligés personnels, que dès lors le propriétaire puise dans le contrat de bail et dans le fait de l'habitation le droit de poursuivre directement le sous-locataire pour faire valoir contre lui la responsabilité établie par l'art. 1733¹.

La thèse restrictive et donc négative présente à notre avis une solidité logique et juridique incontestable.

Elle soutient essentiellement que la règle de l'art. 1733 ne prévoit que la responsabilité du preneur principal. Et c'est juste, car sans aborder les interprétations multiples et variées données à cet article, s'il est ou non une application de l'art. 1302, nous pouvons dire que la fondement de l'obligation qu'il renferme est basé sur la responsabilité de conserver et de rendre la chose louée².

Et comme cette responsabilité — d'autre part — ne peut résulter que d'une convention intervenue entre les parties en cause, et comme, d'autre part, entre le sous-preneur et le bailleur originaire, n'existe aucun lien juridique, aucun contrat, il résulte avec évidence que le sous-locataire ne peut être tenu à l'exécution de cette obligation.

1. Note de M. Savatier, sous Poitiers, 17 octobre 1923, D. 24.2.57; Toulouse, 7 février 1888, D. 90.2.97, voir la note de M. Dupuis.

2. Lyon, 26 décembre 1882, S. 1884.2.121; Toulouse, 7 février, arrêt cité; Poitiers, 24 janvier 1889, S. 1889.2.182.

Evidemment, le propriétaire a à sa disposition, l'action de tout créancier, cette action prévue par l'art. 1166 et en vertu de laquelle il peut agir au nom du principal locataire.

Ensuite, les raisons qui plaident sérieusement en faveur de cette deuxième opinion, ce sont, comme l'affirme la Cour de Besançon, la conformité de cette disposition avec les principes généraux des art. 1165, 1166 et sa pleine concordance avec les règles ordinaires d'interprétation, qui ne permettent pas d'étendre les dispositions exceptionnelles et rigoureuses.

Mais, comme nous l'avons dit, malgré ces arguments si justes, si juridiques, c'est l'opinion contraire qui l'a emporté.

Un revirement et une solution opposée, paraît-il, auraient été acceptés par la Cour de Poitiers dans un arrêt du 17 octobre 1923², dans une espèce assez intéressante. Un sieur Robineau était usufruitier d'un bâtiment, propriété de la dame Fourreau, lequel bâtiment avait été loué par lui à Cartier. Puis un incendie survenant, la propriétaire se drassa contre le sous-locataire, en vertu de l'art. 1733. La Cour répondit que le bail passé par l'usufruitier en vertu du droit propre que lui concède l'art. 584 C. c. étant *res inter alios acta* à l'égard d'un propriétaire, n'établissait pas entre celui-ci et le locataire de l'usufruitier un lien de droit permettant au nu-propriétaire d'invoquer contre le locataire la responsabilité de l'art. 1733, en cas d'incendie, car ce dernier article impliquait l'existence d'un contrat générateur de l'obligation de restituer, et alors ses dispositions n'étaient

2. Poitiers, 17 octobre 1923, D. 924.2.57.

pas, par suite de l'absence de l'engagement, applicables à Cartier.

Mais dans le cas d'une sous-location est-ce que ce contrat générateur d'une obligation de restituer existe ? Nous croyons que non. La Cour répond à cette objection que la situation est différente ; que dans le cas d'une sous-location, le lien de droit conventionnel existe entre le propriétaire et le sous-locataire, car ce dernier est substitué au preneur originaire par l'art. 1753. Les explications données ne sont pas convaincantes et présentent une fois de plus la manière d'agir, hésitante et inconséquente, de la jurisprudence.

b) LE RAPPORT JURIDIQUE ENTRE L'OUVRIER CRÉANCIER DE L'ENTREPRENEUR ET LE MAÎTRE POUR LEQUEL LES OUVRAGES ONT ÉTÉ FAITS.

La notion d'action directe encore discutée avec l'interprétation de l'art. 1798 C. c. conçu dans les termes suivants :

« Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou à d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à la concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. »

Il règne sur les intentions de ceux qui l'ont rédigé, une complète incertitude et inévitablement une controverse sur le point de savoir s'ils ont voulu déroger aux dispositions du droit commun.

La plupart des auteurs estiment que ce texte écarte les dispositions générales de l'art. 1166, en créant ici

une mesure de faveur pour une catégorie spéciale de travailleurs, les travailleurs manuels, pour des considérations que nous verrons plus loin.

Evidemment, cette théorie est expliquée et justifiée de manières variées. La première idée explicative enseigne que l'article cité contient un privilège sur les sommes que les maîtres doivent aux entrepreneurs¹.

a) *Créance privilégiée.*

La créance de ces derniers est affectée de cette prérogative en faveur des ouvriers.

Il ne s'agit donc pas, d'après ce système, d'une action directe dérogeant aux principes les plus essentiels des obligations, car entre les demandeurs et les défendeurs aucune liaison de nature conventionnelle n'existe.

Et ensuite le fait que le recours des ouvriers en question est limité à une certaine somme, jusqu'à la concurrence de ce qui est dû à l'entrepreneur, est une négation formelle d'une action propre et indépendante.

On invoque, d'autre part, à l'appui de cette thèse, la parenté qui existe entre le contenu de l'art. 1798 et celui de l'art. 2103, 4°. Et ensuite le rapprochement indéniable, disent les partisans de cette opinion, de ce cas, avec la situation réglementée par le décret du 26 pluviôse, an II, qui accorde également un privilège aux ouvriers et fournisseurs de matériaux des entrepreneurs de l'Etat.

Quant aux considérations qui ont déterminé sa création, c'est que c'est grâce au travail de l'ouvrier, du maçon, que cette créance a été créée, et a été mise dans

1. Labbé, *Revue critique*, 1876, p. 571 et s. et p. 665 et s.

le patrimoine du propriétaire. Ce sont eux qui ont apporté un profit au maître, alors, il est équitable, il est conforme au droit de la nature, qu'ils soient payés de préférence aux autres créanciers, car sans leur travail, dont le salaire est dû, l'ouvrage n'existerait pas et le maître ne devrait aucun prix ¹.

Et pour leur donner la possibilité d'entrer en possession de leur salaire, pour leur attribuer cette satisfaction juste, surtout dans le cas d'insolvabilité, car c'est d'ailleurs pour éviter cette situation dangereuse que le législateur a pensé aux ouvriers et à leurs intérêts, la voie de l'art. 1166 a été considérée inefficace et on a créé l'art. 1798.

Voilà le contenu de cette première conception. Elle est vulnérable à la critique et a été critiquée avec véhémence par la doctrine, d'abord. La fin de non-recevoir qu'on lui oppose est constituée par le principe connu : « Pas de privilège sans texte ».

Dans les termes dudit article, nous ne trouvons pas un mot qui fasse entendre ou sous-entendre l'existence de ce droit exceptionnel et exorbitant.

La prétendue ressemblance avec le décret de l'an II ne sert à rien. Car ce décret, dans son art. 3, admettant la saisie-arrest même avant la réception de travaux, est plus explicite, ses dispositions plus énergiques, et il en résulte qu'il accorde véritablement un privilège aux ouvriers de l'Etat ².

Au contraire, de la lecture attentive de l'art. 1798

1. Labbé *op. cit.*, p. 573.

2. Guillouard, *op. cit.* t. II, n° 897, Laurent, *op. cit.*, t. XXVI, p. 100, n° 81.

ne ressort aucune allusion directe ou indirecte à un droit de préférence.

L'analogie avec l'art. 2103, alinéa 4, est inopérante, les situations prévues par les deux textes législatifs sont différentes ; la rédaction de ces articles est grandement distincte.

En suite, le privilège étant une exception, une dérogation au droit commun, les termes qu'il consacre sont *strictissima interpretatione*, donc on ne peut l'admettre par extension et analogie.

Mais ce système est critiqué et repoussé par la jurisprudence elle-même, qui dans de nombreux arrêts vient déclarer que l'action à laquelle fait allusion l'art. 1798, n'est pas une action privilégiée ¹.

« Considérant, dit catégorique la Cour de Besançon que cette action ne saurait être confondue dans son principe avec un privilège ². »

Une seule décision jurisprudentielle, paraît-il, a décidé dans le sens d'un privilège. C'est un arrêt de la Chambre civile, en date du 11 novembre 1867 ³.

Dans ses attendus nous trouvons :

« Attendu que l'art 1798, en donnant une action directe à l'ouvrier pour le paiement de ses salaires contre le propriétaire du bâtiment à la construction duquel il a concouru, a créé au profit de cet ouvrier un privilège qui se comprend et se justifie par l'intérêt qui s'attache à une pareille créance. »

A notre avis, la Cour de cassation ne se prononce

1. Montpellier, 24 décembre 1852, S. 53.2.685, D. 54.2.103; Paris, 9 août 1859, S. 59.2.589; Paris, 12 avril 1866, D. 66.5.291, S. 66.2.252; Trib. civ. Seine, 31 août 1866, D. 71.5.250.

2. Besançon, 16 juin 1863, S. 63.2.206, D. 63.2.103.

3. Paris, 27 juillet 1867, D. 1867.2.167.

pas pour l'exercice d'un privilège proprement dit. Tout au contraire, elle reconnaît une action directe à l'ouvrier. Mais si elle prononce le mot privilège, c'est pour mettre en évidence le but que s'est proposé d'après elle la loi, dans l'art. 1798, de favoriser, privilégier une catégorie de créances, en leur donnant le droit d'agir *jure proprio*. Elle a pensé à l'avantage que cette action directe présente, et non à sa structure et à son fonctionnement juridique. La Cour de cassation n'a pas pu faire cette confusion entre le privilège et l'action directe, entre ces deux institutions qui dans leur nature sont à l'opposé l'une de l'autre.

b) *Action directe.*

Passons au deuxième système doctrinal, celui adopté par la majorité des auteurs¹, celui qui considère que l'ouvrier agit contre le maître directement par une action indépendante et que le législateur par l'art. 1798 met à sa disposition. C'est une action personnelle de l'ouvrier. Ce n'est pas une action indirecte, oblique, celle de l'art. 1166, car le législateur n'a pu faire œuvre vaine². Il a dû réaliser quelque chose, il ne pouvait pas se contenter de répéter l'art. 1166.

Et le fait que cette action est restreinte à un nombre limité de personnes, de créanciers, est la preuve la plus manifeste que l'action en question est différente de l'action oblique, de cette action du droit commun, parce

1. Planiol, *op. cit.*, t. XI, n° 962, p. 214; Colin et Capitant, t. II, p. 576; Guillaud, *op. cit.*, t. 2, n° 896 et s.; Laurent, *op. cit.*, t. XXVI, n° 78 et s. et 81 *in fine*, dans le même sens, avec certaines réserves; Huc, t. X, n° 433; Trencart, *Rev. crit.* 1873, de l'action directe, p. 411; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 742.

2. Huc, t. X, *op. cit.*, n° 433, p. 602.

que la caractéristique de ce dernier est d'être applicable à tout le monde, sans réserves et sans distinction.

Cette logique, paraît-il, a conduit la jurisprudence à accorder aux ouvriers le droit d'agir *proprio nomine*¹, par cette action directe, légitimée par la disposition législative de l'art. 1798. La jurisprudence est catégorique : Les ouvriers exercent cette action *jure proprio*, contre celui pour qui les travaux ont été effectués et non comme créanciers de l'entrepreneur, ils sont substitués dans les droits et les actions, que ce dernier possédait.

Si on veut examiner la structure du fondement de cette action, les considérations logiques et juridiques qui motivent l'existence de cette action, il suffit de lire un arrêt de la Cour de Nancy, en date du 21 février 1861, lequel en se référant à l'art. 1798, dit : « Attendu que cette disposition dans ses termes et dans son objet est évidemment distincte du principe général consacré par l'art. 1166, qu'on ne saurait plus la confondre avec les privilèges mentionnés dans l'art. 2103 C. n. et 549 C. com., car elle en diffère par son étendue et par ses effets. Qu'elle constitue pour les ouvriers un droit spécial, prenant son origine dans le principe, qu'ayant amélioré la chose du propriétaire, l'ayant rendu plus riche

1. Douai, 30 mars et 13 avril 1833, S. 33.2.536; Lyon, 21 janvier 1846 S. 46.2.262; Montpellier, 22 août 1850, S. 53.2.685, D. 54.2.103; Ch. req., 18 janvier 1854, S. 54.1.441; Paris, 9 août 1859; Bordeaux, 30 novembre 1858, S. 59.2.317, D. 60.2.32; Besançon, 16 juin 1863, S. 63.2.216, D. 63.2.103; Poitiers, 9 juillet 1863, S. 1864.2.259, D. 63.2.151; Besançon, 16 juin 1863, arrêt cité, D. 63.2.103; Paris, 12 avril 1866, S. 66.2.252, D. 66.5.291; Seine, 31 août 1866, sous Paris, 27 juillet 1867, S. 68.2.2801, D. 71.5.250; Limoges, 30 avril 1875, S. 75.2.264; Cass., 28 juillet 1880, S. 80.1.416; Civ. cass., 17 octobre 1900, D. 902.1.569 S. 904.1.485; Cour de Nancy, 21 février 1861, S. 62.2.218.

par leur travail, ils ont contre lui une action directe et personnelle, qu'il devient dès lors leur débiteur afin qu'ils aient une double garantie, et qu'il peut se libérer de ce qu'il doit entre leurs mains, comme entre celles de l'entrepreneur lui-même¹. »

Nous essaierons maintenant, après avoir vu l'opinion jurisprudentielle et ses arguments juridiques, de mettre en relief les conséquences qui en découlent, les différences qui séparent l'action directe de l'action oblique et arriverons de la sorte à voir les effets propres qu'une action directe peut produire.

1° Premièrement, par rapport à l'action oblique, elle en diffère par le fait qu'elle n'est pas accordée à tous les créanciers de l'entrepreneur.

Sphère de cette action directe.

a) Le droit que l'on fait résulter des dispositions de l'art. 1798 est restreint à une catégorie spéciale, aux ouvriers. Cette mesure de faveur n'a pas été dictée « en faveur du travail, et pour assurer le salaire du simple ouvrier², elle est accordée seulement à ceux dont la créance a pour cause la main-d'œuvre³. »

Mais cette notion d'ouvrier n'étant pas précisément définie, la jurisprudence a pris la peine d'en traduire la signification exacte. Et dans son examen, la jurisprudence n'a pas interprété ce terme strictement, car elle entend par ouvrier, « non seulement ceux qui prennent part, personnellement, au travail manuel nécessité par

1. Cour de Nancy du 21 février 1861 S.61.2.218.

2. Cour de Lyon, 18 décembre 1878, D. 79.2.113; Poitiers, 9 juillet, S. 63.2.259.

3. Besançon, 16 juin 1863, S. 63.2.206.

l'entreprise, mais ceux qui font le service de dirigeants, comme le tâcheron, ceux qui coopèrent directement et personnellement au travail matériel, car les maçons ou tâcherons peuvent travailler eux-mêmes et diriger des travaux dont ils sont chargés, et, dans ce second cas, ils ne sauraient perdre la qualité d'ouvrier¹. »

Egalement dans le cas où le maître ouvrier qui, en exécutant le travail, s'est fait aider par quelques ouvriers ou a fourni lui-même le matériel nécessaire à la construction, on lui accorde l'action directe². Mais si on accorde l'action directe dans les deux cas ci-dessus exposés, c'est à la condition que le travail reste l'élément primordial.

La Chambre civile, d'ailleurs, s'exprime clairement dans ce sens.

« Attendu qu'il résulte des termes mêmes de l'art. 1798 que le législateur a eu particulièrement en vue les ouvriers proprement dits dans une pensée de protection, dans un intérêt de justice, d'humanité. »

« Attendu que si, en l'absence de toute distinction, la disposition peut profiter même à l'ouvrier qui en travaillant personnellement s'est fait aider par d'autres ouvriers sous ses ordres ou encore à celui qui s'est chargé des fournitures nécessaires de la matière avec laquelle il travaille; il est néanmoins certain, tant par l'esprit que par la lettre de la loi, que le travail est la condition même à laquelle est subordonné le droit à la faveur qu'elle consacre, qu'aussi ceux-là seuls y peuvent prétendre qui, ayant fourni la main-d'œuvre et étant restés créanciers

1. Montpellier, 22 août 1850 et 2 décembre, S. 1853.2.685; Paris, 9 août 1859, S. 1859.2.589; Nancy, 21 février 1861, S. 61.2.218, cité.

2. Cour de Bordeaux, 8 juillet 1862, S. 63.2.13.

de leurs salaires, procèdent à raison d'une créance dont la cause première et principale est dans le travail ¹. »

Et, d'ailleurs, dans le cas où le nombre des ouvriers est grand, où l'importance des fournitures procurées n'est pas insignifiante et surtout lorsque la spéculation domine les opérations, il n'y a pas lieu de faire application de l'art. 1798 ².

C'est de cette manière qu'a été jugée par l'unanimité de la jurisprudence, en la refusant toujours quand les opérations rémunérées étaient faites dans un but de spéculation, avec un caractère commercial, l'*action directe* ³. Donc, dans toutes les situations où le travail passe au deuxième plan, prend un caractère de second ordre, la disposition de l'art 1798 devient inopérante, la qualité d'ouvrier disparaissant devant celle plus importante de spéculateur industriel.

Ainsi, elle refuse, de manière constante, tout recours aux entrepreneurs sous-traitants, dont la contribution au travail proprement dit est nulle, ceux qui sont intervenus dans le but de réaliser un bénéfice sur l'exécution des travaux ⁴.

Elle le refuse également à ceux qui fournissent les matériaux; c'est dans ce sens que la Cour de Paris a rejeté l'action de demandeurs pour les motifs qu'ils sont

1. Civ., 12 février 1866, S. 1866.1.94.

2. Grenoble, 24 décembre 1868, S. 69.2.78; Aix, 9 août 1877 S. 78.2.151 P. 1878.615 et la note 3 sous Cass. req., 28 juin 1880, S. 80.1.416.

3. Lyon, 18 décembre 1878, D. 1879.5.267; Aix, 9 août 1877, S. 78.2.155; Cass., 12 février 1866, S. 1866.1.94, P. 1866.249; Cass., 11 novembre 1867, S. 1867.1.429; Lyon, S. 81.2.59, D. 79.2.113.

4. Cass., 12 février 1866, S. 66.1.94, D. 66.1.57; Paris, 27 juillet 1867, S. 67.1.383; Req., 14 juillet 1868, D. 71.5.251; Dijon, 3 décembre 1868, S. 69.2.52; Cass., 11 novembre 1867, S. 67.1.429, cité, D. 67.2.167; Paris, 27 juillet et 22 août 1867, S. 1868.2.280; Aix, 9 août 1877, arrêt cité; Lyon, 18 décembre 1878, D. 79.2.113, Req., 28 janvier 1880, D. 80.1.254.

des négociants, qu'ils ne sont pas des ouvriers, réclamant leurs prix de main-d'œuvre tels que ceux auxquels l'art. 1798 accorde, dans une pensée de protection du travail manuel, une action spéciale et limitée¹.

Aussi, l'art. 1798 ne se réfère pas aux employés commis².

b) Une autre conséquence résultant de ce que les ouvriers exercent une action qui est leur propriété, qui est leur droit, s'ensuit qu'aucun fait concernant l'entrepreneur ne peut mettre obstacle à son exercice. Par exemple, la faillite de celui-ci.

Cette conséquence, ainsi qu'il résulte de l'étude jurisprudentielle, est basée sur la considération que les travailleurs agissent de leur propre chef et donc la liquidation judiciaire, la faillite de l'entrepreneur est pour eux *res inter alios acta*.

Et la jurisprudence a décidé, en conséquence, que la faillite de l'entrepreneur n'avait aucune conséquence³.

« L'événement de la faillite de l'entrepreneur ne peut être d'aucune influence sur une action qui n'est pas dirigée contre ce dernier et ne saurait priver l'ouvrier du droit qu'il a de réclamer de son chef, en vertu de cette action, le paiement des sommes dont le propriétaire reste encore débiteur⁴. »

1. Paris, 8 février, *Gaz. Pal.*, 1897.1.254; Paris, 14 novembre 1881, S. 83.11.133-134; Cass., 28 janvier 1880, S. 1880.1.416; Poitiers, 9 juillet, 1863 D. 63.2.151; Cass., 12 février 1866, S. 66.1.94: voir pour les arrêts plus anciens, Solus, *op. cit.*, p. 47 note 3.

2. Besançon, 16 juin 1863, S. 63.2.206, arrêt cité; Req., 31 juillet 1867, S. 67.1.383; Req., 14 juin 1868, D. 71.5.25, S. 68.1.399; Req., 28 juin 1880, D. 80.1.254.

3. Cour de Paris, 17 août 1863, D. 63.2.150; Besançon, 16 juin 1863, arrêt cité; Paris, 12 avril 1866, S. 66.2.252, D. 66.5.291; Trib. Seine, 31 août 1866, D. 71.5.250; Trib. Seine sous Paris, 27 juillet 1867, S. 68.2.280, P. 1868.1023.

4. Cour de Paris, 9 août 1859, S. 1859.2.589.

c) En vertu des mêmes considérations, on ne peut pas imputer au travailleur la compensation de la créance du maître envers l'entrepreneur par les sommes qu'éventuellement ce dernier doit au propriétaire, et en base des engagements antérieurs à l'introduction de l'action directe ¹.

La jurisprudence a écarté aussi cet obstacle qui pouvait annihiler souvent et presque complètement l'effet de l'action, ainsi nommée, directe. Elle a réussi, car, d'après l'opinion jurisprudentielle, les seuls paiements qui peuvent être opposés à l'ouvrier sont ceux qui ont été effectués antérieurement à l'introduction de l'instance.

d) Maintenant, par différence avec le privilège, l'action de l'ouvrier est irrecevable dans le cas où l'entrepreneur a cédé — sous l'observation des dispositions exigées par la loi — sa créance antérieurement et de bonne foi à un tiers ².

C'est la preuve évidente qu'il ne s'agit pas d'une créance affectée, privilégiée et que donc l'entrepreneur peut disposer comme bon lui semble de la somme qui représente le prix des travaux exécutés, et, par voie de conséquence, il peut la transmettre par voie de cession.

Cette restriction, et ce n'est pas la seule que la jurisprudence reconnaît, s'explique par le caractère exceptionnel, dérogame au droit et aux principes en vigueur, de cette action.

1. Cass., civ., 17 octobre 1900, arrêt cité, Cass., 16 décembre 1873, S. 1876.1.264; Trib. Agen, 28 septembre 1859, D. 71.5.250; Poitiers, 9 juillet 1863, S. 1863.2.259; Douai, 21 avril 1861, D. 61.2.151; Paris, 12 avril, arrêt cité, Besançon, 16 décembre, arrêt cité.

2. Cour de Lyon, 21 janvier 1846, S. 46.2.262, D. 46.2.157; Cass., 16 juillet 1860, S. 60.1.896; Cass., 11 juin 1861, S. 61.1.878, D. 61.1.262; Paris, 17 août 1863, S. 1863.2.268, D. 63.2.150; Poitiers, 9 janvier 1863, S. 63.2.259, D. 63.2.151; Paris, 27 juillet 1867, S. 68.2.280, D. 69.2.115; Paris, 12 avril 1866, S. 66.2.252 et la note; Limoges, 30 avril 1875, S. 75.II.264.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que le droit résultant de cet art. 1798 doit être circonscrit aux sommes encore dues directement par le propriétaire à l'entrepreneur et qu'il ne peut être invoqué à l'égard des sommes qu'elles ne sont plus en possession de ces derniers, par transport régulier et sans fraude, fait antérieurement à toute action de la part des ouvriers ¹. »

Plus explicite et plus instructif est un arrêt de la Cour de Douai ² sur la limitation de ce droit de l'ouvrier.

« Le législateur, par un sentiment de bienveillance, a institué les ouvriers d'une entrepreneur, les créanciers directs du propriétaire des travaux effectués, les a autorisés à actionner en leur nom personnel le propriétaire, qui n'est engagé ni par un contrat ni par un quasi-contrat, c'est là une faveur exorbitante, une dérogation à toutes les règles, une incontestable exception que la raison, comme le droit, commandent de restreindre plutôt que d'étendre ². »

Cette interprétation jurisprudentielle qui, si elle n'efface pas l'effet de l'action des travailleurs, le limite, a été sensiblement critiquée par certains arrêts, plutôt pour les considérations et conséquences pratiques qu'elle fait résulter, que pour des raisons principales.

« Attendu qu'en se pénétrant de la pensée qui a dicté cette disposition législative, il est facile de se convaincre qu'elle a été basée sur ce principe d'équité qui veut que nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui. »

« Qu'une cession de prix de travaux consentis par l'entrepreneur principal avant le paiement de l'entreprise

1. Cass., 18 janvier 1854, S. 54.1.441, D. 54.1.121.

2. Douai, 13 août 1866, S. 67.2.292. v. Paris, 27 juillet 1867, S. 68.2, 280.

ne saurait faire perdre aux ouvriers sous-traitants leur action, concessionnaire ne pouvant avoir plus de droit que l'entrepreneur cédant dont il est l'image¹. »

1° Mais l'opinion dominante est définitivement fixée dans le sens que la cession est une véritable fin de non-recevoir, et, d'ailleurs, les raisons de la conception adverse sont assez faibles. Premièrement, cette justification, basée sur l'idée d'équité, sur un enrichissement injuste, est sans fondement. En espèce, il n'existe pas un enrichissement, et, d'ailleurs, nous avons exposé les conditions *sine qua non* de l'admission de l'action de *in rem verso*, qui font ici défaut;

2° Deuxièmement, la cession, du moment qu'elle est notifiée, s'impose à l'égard du tiers. Le cessionnaire devient propriétaire, il a un droit acquis, que personne ne peut lui contester. Et, ensuite, l'entrepreneur, tant qu'aucune action n'a été intentée par les ouvriers, peut disposer de la somme, comme de son droit, il est propriétaire de cette somme, propriétaire seul et sans réserve.

D'ailleurs, les termes mêmes de l'art. 1798 « qu'ils (les ouvriers) n'ont d'action contre le maître que jusqu'à la concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée », prouve bien que, jusqu'à cette date, l'entrepreneur est plein et seul propriétaire.

e) Mais, non seulement la cession met obstacle à l'exercice de l'action directe, mais, d'après la jurisprudence, elle est empêchée par la saisie-arrêt qui la rend irrecevable.

1. Montpellier, 24 décembre 1852, S. 53.2.685.

2. Cour de Bordeaux, 31 mars 1854, S. 54.2.702; Paris, 12 avril 1866, D. 66.5.291, S. 66.2.252; contre : Rouen, 30 avril 1863, S. 63.2.13.

d) *Conclusion.*

De cette exposition brève de la jurisprudence concernant l'admission et l'application de l'action directe de l'art. 1798, résultent les deux conséquences suivantes, contradictoires à première vue. L'action accordée aux travailleurs diffère de l'action oblique de l'art 1166 par le fait que l'ouvrier agit directement et dans une certaine mesure, *jure proprio*, contre le maître, pour le compte duquel les travaux ont été effectués, et ensuite par le fait que cette action est accordée seulement à une certaine catégorie des créanciers de l'entrepreneur, aux ouvriers manuels.

Une autre conséquence contraire à la première et qui résulte également de cette étude, c'est que l'action propre, à notre avis, n'est pas directe, n'est pas une action en vertu de laquelle le travailleur agit, *nomine et jure proprio*, car, du moment que le droit de l'entrepreneur est éteint, le droit de l'ouvrier disparaît également. Du moment qu'une cession est intervenue de la part de l'entrepreneur, l'ouvrier ne peut avoir contre le propriétaire aucune possibilité. Si véritablement l'ouvrier avait un droit personnel, direct, indépendant, il devrait dans toutes les circonstances pouvoir le faire valoir même si un tiers quelconque, l'entrepreneur ou d'autres, ont fait une opération juridique qui se réfère à son droit, — car ces agissements de l'entrepreneur, d'un tiers, sont pour lui *Res inter alios acta*.

La jurisprudence n'a pas raisonné ainsi, et nous croyons qu'elle a agi pour cette raison que l'action attribuée aux ouvriers ne repose pas sur l'art. 1798, ne résulte

pas d'une texte législatif, qu'elle a été accordée par la jurisprudence dans la mesure nécessaire à satisfaire l'idée d'équité et d'utilité pratique.

Voilà la clef de l'énigme exposée;

e) LE RAPPORT ENTRE LE MANDANT ET LE
MANDATAIRE SUBSTITUÉ.

De même, l'art. 1994 a été interprété comme une source d'action directe.

Les auteurs estiment que cet article, par les expressions qu'il contient : « Dans tous les cas, le mandant peut agir *directement* contre la personne que le mandataire s'est substitué, il fait naître en faveur du mandant une action personnelle et directe et par laquelle il peut s'adresser au tiers substitué, comme à son propre mandataire ¹. »

On considère que le seul but du texte cité est d'accorder un droit direct contre le substitué, toutes les fois que celui-ci a commis une faute qui le rend passible de dommages-intérêts ².

Les systèmes justificatifs sont ingénieux, de même que tous sont basés sur un prétendu accord et concours des volontés des parties en cause.

Ainsi, prenons l'hypothèse la plus simple, celle où la substitution est accordée par le mandant dans le contrat de mandat lui-même. Ici, le mandant, par le fait qu'il autorise cette substitution, peut être considéré comme ayant pris directement part à la convention, le sous-con-

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, n° 1470, p. 817; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, n° 413, p. 174-175.

2. Troplong, *Droit civil expliqué*, t. XVI, n° 485, p. 458-459.

trat pouvant être jugé comme accompli avec et d'après son consentement, le mandataire originaire jouant un simple rôle d'intermédiaire, de personne interposée, dont l'intervention ne s'oppose en rien à ce que l'acte qu'il a passé produise ses effets au profit d'un *penitus extraneus*.

Ainsi, comme nous l'avons dit, le mandataire n'ayant pas l'intention d'agir en son nom, ne peut prétendre à aucun droit, sa présence, une fois l'acte constitué, s'efface. Et, en réalité, il ne reste que deux personnes entre lesquelles la substitution peut être invoqué. C'est entre ces deux personnes que naissent une obligation et un droit. La raison d'intervenir du mandataire, car, à la base de chaque action doit exister une cause, a été de se débarrasser des charges que le mandat lui imposait.

Quant au tiers substitué, on soutient qu'en traitant, en connaissant son contractant et sa qualité, il a eu connaissance du mandat et par conséquent il a consenti et accepté l'exécution des affaires du mandant.

C'est envers lui qu'il a pris un engagement et la nulle difficulté pour qu'il soit contraint à l'exécuter.

Mais plus compliquée et plus difficile à expliquer est la situation où le contrat de mandat reste muet et où rien n'a été dit sur l'autorisation de substituer. Comment peut-on expliquer, en ce dernier cas, le droit pour le mandant d'agir directement contre une tierce personne, en basant sa prétention sur un contrat qui lui est totalement étranger, parce que sa volonté n'a pas été exprimée. Comment pourrait-on s'adresser aux tiers sans que l'art. 1165, qui dit que les conventions ne profitent pas au tiers, ne soit pas méconnu, car la substitution a été admise comme valable par la jurisprudence même dans l'ab-

sence d'une autorisation expresse et formelle¹, sauf dans le cas où il s'agit d'un mandat salarié, et dans laquelle on a eu en vue spécialement le talent et les qualités du mandataire².

Evidemment, cette permission ne peut pas être poussée à l'extrême ; aussi, n'a-t-on pas reconnu la faculté de substitution au porteur, c'est-à-dire que le remplacement du mandataire primitif ne peut être conféré à une personne indéterminée³.

Cette difficulté a été remarquée par M. Guillouard, et il prétend l'écarter en s'appuyant sur l'analyse de la volonté du mandant. Celui-ci n'ayant formulé aucune prohibition, ne s'opposant pas catégoriquement à la substitution, il est censé avoir indirectement approuvé l'opération exécutée, il a consenti tacitement⁴.

Cette conception doctrinale, qui soutient l'existence d'une action personnelle du mandant, pêche, à notre avis, par la fausseté de son premier raisonnement. L'art. 1994, al. 2, qui lui sert de base, ne se prête pas à une telle interprétation, le législateur n'a pas eu l'intention d'établir ce rapport direct. Le simple adverbe, directement, ne suffit pas à conclure à cette solution grave, en ce sens qu'elle brise la règle fondamentale *Res inter alios acta*.

Ensuite, prétendre que le mandant, qui a oublié ou a négligé d'interdire le sous-contrat de mandat, a exprimé par ce moyen sa volonté de changer son débiteur normal, est plus qu'exagéré. Quel est le fait ou l'acte juridique

1. Voir note sous Req., 28 octobre 1924, S. 1924.1.274 ; v. cass. crim., 22 mai 1896, S. et P. 1898.1.542.

2. Req., 8 janvier 1912, D. P. 1913.1.185 et note de M. Lalou, Colin et Capitant, *op. cit.*, t. 2, p. 712.

3. Paris, 23 mai 1919, D. 1920.1.86 et la note.

4. Guillouard, *Traité des Contrats aléatoires et du mandats*, n° 126, p. 459.

qui permet de penser qu'il y a une déclaration tacite de volonté?

Est-ce que cette situation négative peut être considérée comme une manifestation de consentement de la part du mandant? Est-ce qu'on peut inscrire comme applicable en général et sans réserve le principe *qui tacit consentire videtur*?

Nous ne croyons pas et nous pensons que la jurisprudence, en confirmant ce point de vue doctrinal¹, a eu tort.

Et ensuite, par le fait qu'elle accorde, en interprétant le deuxième aliéna de l'art. 1994, l'action dans tous les cas, même dans l'hypothèse où le tiers ne pouvait savoir la qualité de son contractant, où il ignorait l'existence d'un mandat² comme dans le cas où il n'y a pas véritablement une substitution, mais une simple charge de commission, ces décisions sont condamnables.

Si une relation juridique peut être envisagée dans le cas d'une substitution permise et autorisée préalablement dans le mandat, si on peut concevoir un enchaînement de liberté dans cette situation, c'est à la condition que le substitué sache que le mandataire primitif agit pour le compte et au nom du mandant et qu'il n'est pas intervenu comme partie contractante, mais comme simple intermédiaire.

1. Cass. req., 20 avril 1859, S. 59.1.298, D. 59.1.263; Civ., 22 mars 1875, D. 75.1.204, S. 75.1.302; Req., 9 décembre 1901, D. 903.1.113; Paris, 12 juin 1887, D. 88.2.184; Cass., 1^{re} décembre 1896, D. 97.1.561 et la note.

2. Req., 5 novembre 1923, D. P. 1926.1.237; v. Orléans, 9 juin 1870 et Paris, 14 décembre 1866, S. 71.2.87; Lyon, 21 juin 1882, P. 83.2.148; Seine, 11 décembre 1883, *Gaz. trib.*, 20 décembre 1885; Rouen, 7 avril 1886, D. 88.2.45; Trib. Douai, 31 décembre 1892, D. 94.2.182, v. en sens contraire, M. Drujon, *Revue crit.*, 1877, p. 628. Il prétend que la connaissance du mandat original n'est pas une condition nécessaire de l'obligation directe et à laquelle l'article 1994 soumet la substitution. Paris, 14 décembre 1866 et Orléans, 9 juin 1870, S. 71.2.87.

Au contraire, s'il ne soupçonne pas le contrat de mandat, s'il est convaincu que son propre créancier, c'est son contractant immédiat et direct, le mandant est pour lui une personne étrangère, et il n'a pas à craindre l'éventualité d'un certain recours de sa part. Où existe-t-il l'accord de volonté exposé par M. Guillouard ? Nulle part, et les décisions jurisprudentielles ne peuvent se défendre que par la sollicitude qu'elles ont eue envers les intérêts du mandant, lesquels si appréciables qu'ils soient, ne justifient pas cette méprise de tout principe directeur.

Et du reste, ce qui prouve que les juges n'ont pas été dirigés par un principe théorique et constant, que leur mesure de faveur est l'œuvre de besoins privés; ce qui démontre avec précision que les nécessités pratiques sont plus fortes que les règles consacrées, c'est que dans les cas d'espèces où le substitué a ignoré l'existence de toutes sortes de relations mandataires, la rigueur de la jurisprudence est adoucie par un compromis qui consiste en ce qu'on reconnaît au mandataire substitué la possibilité d'opposer et d'invoquer contre le mandant la compensation effectuable avec la somme que le substitut lui doit, comme d'ailleurs il peut invoquer toutes les exceptions que ce dernier pouvait opposer au mandataire ¹.

Au contraire, dans le cas où il a agi en pleine connaissance de cause, quand il a pu savoir quel est son rôle et quelle est la qualité de son co-contractant, les choses changent.

1. Cass., 23 février 1874, S. 75.1.363, D. 74.1.389; Rennes, 24 août 1859, S. 60.2.36; Lyon, 7 décembre 1859, S. 60.2.206; Rouen, 13 avril 1870, S. 71.2.17, D. 74.1.389; Cass., 23 février 1874, S. 75.1.363.

Il ne peut exiger cette faculté¹, car en sachant qu'il agit pour le mandant et non pour le substituant, il doit rendre compte du produit de l'opération au mandant et à lui seul, et il ne peut, en conséquence, compenser ce qu'il doit avec les créances qu'il peut avoir contre le substituant. Sans doute, il est mandataire de celui-ci, et, à ce titre, il est tenu de le garantir des suites que pourraient entraîner contre lui la mauvaise exécution du mandat, de même que, le cas échéant, il pourrait recourir contre lui pour ses avances et frais.

« Il n'en est pas moins vrai qu'au regard du mandant, qui est censé l'avoir choisi et désigné lui-même, il a pris la place et le lieu du mandataire primitif². »

Voilà la seule différence que la jurisprudence fait entre ces deux situations profondément distinctes. Quant à la nature de l'action exercée, son opinion reste la même.

Elle est toujours, pour la jurisprudence, une action personnelle et directe. Le substitué est toujours obligé de rendre compte au mandant, et il ne peut se soustraire à ce devoir³, en provoquant un règlement de compte avec le substituant. Bien sûr, si le mandant a reçu et accepté du mandataire originaire sans protester le compte dans lequel étaient mentionnés les actes du substitué, il semble qu'il doive être considéré comme ayant renoncé à exercer ses droits contre le substitué, et il en résulterait que ce dernier se trouverait à l'abri de toute action.

1. Paris, 14 décembre sous Cass. 16 nov. 1869. D. 70.2.20, Orléans, 9, juin 1870, D. 70.I.225; Paris, 14 juin 1869; Orléans, 9 juin 1870; Paris, 14 décembre 1866, S. 71.2.87.

2. Civ., 22 mars 1875, D. 75.1.204, arrêt cité.

3. Orléans, 9 juin 1870 et Paris, 14 décembre 1866, S. 71.2.87; Cass., 22 mars 1875, S. 75.1.302 et motifs; Ch. civ., 4 août 1879, D. 80.1.59, S. 81.1.299; Trib. civ. de Douai, 31 décembre 1892, D. 94.2.182.

Comme, d'après cette conception dominante, la substitution change en la personne de l'obligé et forme un rapport conventionnel direct et immédiat entre le propriétaire et le tiers substitué¹, l'action qui résulte de ce contrat formé par la procuration que le mandataire possédait peut être exercée sans entrave.

Ainsi la faillite du mandataire ne peut influencer en rien son admissibilité², chose logique si on admet que l'action directe existe. En vérité, si le substitué est considéré comme obligé personnel du mandant s'il représente toujours le propriétaire, il est débiteur de ce dernier et non du substitué. Il agit pour le compte du mandant et les créances qui résultent de son activité appartiennent au mandant seul et n'entrent pas dans le patrimoine du substituant.

De même est inopérant un jugement rendu sur les biens mêmes du mandant, mais à l'égard duquel le mandant est resté étranger³. C'est le cas de l'espèce suivante :

Un sieur Martin a chargé la Banco di Roma de faire à Ravenne des paiements pour son compte ; la Banco di Roma a chargé à son tour le Credito Romagnolo de faire à sa place les paiements dont il s'était chargé. Un jugement en raison de fautes commises dans l'exécution du mandat intervient entre le substitué et le mandataire originaire. La Cour de cassation a décidé que « le Credito » ne pouvait opposer à Martin le jugement rendu sur ces biens entre lui et la Banco di Roma par le tribunal de Ravenne et auquel M... est resté étranger et que ce dernier pourrait agir directement contre Credito Romagnolo.

1. Paris, 14 décembre 1866; Orléans, 9 juin 1870, cité.

2. Rouen, 13 avril 1870, sous Cass. 23 février 1874, D. 74.1.389.

3. Cass., 28 octobre 1924 *Gaz. Pal.* 1926.2.627, S. 1924.1.274.

Quant au substitué, il y a des auteurs qui concluent à la reconnaissance de son droit direct contre le mandant pour remboursement des frais et avances qu'il a faits dans l'exécution de sa charge.

Cette reconnaissance, on la justifie par des motifs d'équité, de réciprocité, etc.¹.

La jurisprudence, par un arrêt isolé, est venue confirmer, à ce qu'il semble, cette opinion. Ainsi, le tribunal civil de la Seine, le 22 novembre 1894², statue que le mandataire substitué peut agir contre le mandant originaire, en paiement des sommes qu'il a déboursées pour son compte, conformément aux ordres par lui donnés à son mandataire.

Mais nous contestons que ce jugement a eu en vue une véritable action personnelle sanctionnant un rapport contractuel direct existant entre ces deux personnes.

Significatifs sont les attendus de l'arrêt cité. Les motifs de droit sont les principes équitables du droit naturel.

« Attendu que les mandataires substitués peuvent demander compte au mandant originaire, qu'ils ont agi en qualité de *negotiorum gestor*. »

« Attendu que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, que Rime et C^{ie} avaient agi, en qualité de *negotiorum gestor*. Le mandant devrait en tous cas leur rembourser les dépenses qu'ils avaient faites pour son compte en payant les mensualités promises par lui à celle qui l'intéressait. »

Peut-être confirmera-t-on d'une façon plus précise ce

1. Aubry et Rau, t. VI, n° 413, p. 175. « Le substitué de son côté, jouit par suite de l'exécution du mandat, d'une action personnelle et directe contre le mandant ». Baudry-Lacantinerie : « Une juste cause de réciprocité paraît exiger que le substitué puisse agir de son côté directement ». *Droit civil* t. XXVII du mandat, n° 587, p. 310

2. Trib. civ. Seine, 22 novembre 1894, *Le droit*, 30 décembre 1894.

droit du substitué, à mesure que le besoin s'en fera sentir.

La jurisprudence, si l'utilité l'exige, accordera une action directe à ce mandataire substitué, comme elle l'a fait pour le mandant, sans se préoccuper des principes que le législateur de 1804 a conçus dans un sens de fixité.

La jurisprudence, dont le rôle, comme nous l'avons dit, est grand, cherche chaque jour à étendre un principe retardataire, à le mettre en corcordance avec les exigences de la vie sociale contemporaine.

Elle vient faire échec aux vieilles règles qui sont restées lettre-morte, les mettre en harmonie, s'il est possible, avec les circonstances de fait de la vie sociale, et même créer de nouveaux principes. Et par là, elle ne fait que confirmer la théorie, que les principes ne sont que le résultat des intérêts, de la nécessité, l'œuvre du milieu social, etc.

d) ACTION DIRECTE EN MATIÈRE D'ASSURANCES.

Enfin, l'existence d'action directe est confirmée par la jurisprudence dans la matière des assurances. C'est une nouvelle tendance, une opinion qui a pris un plus grand développement dans la deuxième partie du XIX^e siècle.

Cette action directe est considérée comme réelle et légale dans les deux cas suivants :

1^o Dans le rapport de l'assureur et du tiers, auteur de l'accident. Possibilité est reconnue à l'assureur de se tourner contre le tiers auteur de l'accident par une action personnelle et directe, en dehors de toute subrogation dans les droits de l'assuré,

2° Ensuite, dans le rapport de la victime et de l'assureur de l'auteur de l'accident, le droit est reconnu à la victime d'agir *nomine et jure proprio*, par une action en indemnité, contre l'assureur de l'auteur responsable.

a) Evidemment, dans la première hypothèse, la reconnaissance d'une action directe a eu lieu d'abord dans le domaine de l'assurance terrestre. C'est dans ce dernier cas que la jurisprudence a admis¹ sans hésitation et sans réserve le droit direct de l'assureur contre une tierce personne, qui par son fait a déterminé ou, plus exactement, a hâté l'accomplissement du sinistre de l'objet assuré.

Cette action a comme fondement juridique l'obligation de réparer le préjudice causé à une personne. L'assureur ayant été obligé par le fait du tiers responsable de payer l'indemnité prévue par le contrat, on peut dire qu'il a eu un préjudice qui doit, conformément aux dispositions de l'art. 1382, être réparé.

Spécialement, en matière d'incendie, on a établi que le droit de l'assureur aux dommages-intérêts est sanctionné par une action directe et basée sur les dispositions des art. 1382 et 1383. C'est la considération que le fait du coupable constitue un délit ou un quasi-délit. C'est la conception que nous trouvons nettement affirmée dans les considérants de la Cour de Chambéry, dans une espèce d'incendie :

« Attendu en effet que les art. 1382 et 1383 sont aussi généreux dans leurs termes qu'étendus dans leur application ; qu'ils ne font aucune distinction, ni aucune

1. Bordeaux, 14 avril 1839, P. 1839.2.355; Cass. civ., 22 décembre 1852, S. 1853.1.109; Cass., 12 août 1872, S. 72.1.323; Cour d'assises du Jura, 28 juin 1884, S. 85.2.219; Nancy, 28 avril 1894, S. 96.2.93; Paris, 22 mai 1903, P. 1904.2.133; voir la note de M. Louis Cremieu, voir les arrêts cités par M. Capitant, *Revue trim. droit civil*, 1906, p. 37 et s.

réserve et constituent en quelque sorte un droit commun applicable à tous les citoyens, quelles que soient leur situation ou leurs entreprises particulières ; que, dès lors, il n'y a aucune raison d'exclure une compagnie d'assurance de ce droit commun et de la cantonner exclusivement dans ses droits respectifs avec ses assurés, en l'excluant des droits et actions qui peuvent lui compéter personnellement à l'égard des tiers ¹. »

Donc, cette action en réparation est indépendante de l'action en subrogation, c'est une action propre qui se base sur le préjudice et s'appuie sur le texte de l'art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage est obligé de le réparer. »

Cette obligation « de réparer » le préjudice causé par un fait quelconque existe envers toute personne qui a été lésée, et non seulement envers celle qui a été frappée d'une manière directe.

« Le mot autrui, déclare M. Crémieu, est compréhensible ; il englobe, non seulement celui qui a été atteint directement, c'est-à-dire la victime, mais ceux qui ont vu naître contre eux une action en dommages-intérêts, basée sur la survenance de ce sinistre ². »

Mais dernièrement un changement s'est produit ; cette action délictuelle, et donc directe, a été méconnue et son admission a été refusée par un arrêt de la Cour de Bordeaux en date du 13 janvier 1913.

Il déclare en outre, qu'en l'absence d'une subrogation formelle, l'assureur qui a versé l'indemnité, à laquelle il s'est engagé par le contrat d'assurance, n'a à sa disposition la voie d'aucune action directe. En d'autres termes,

1. Chambéry, 5 février 1882, S. 1882.2.104.

2. Note de M. Crémieu sous Paris, 3 mars 1909, arrêt cité.

cette décision constitue, ni plus ni moins, la négation de tout rapport délictueux entre l'assureur et le coupable, absence de tout lien de droit. C'est d'ailleurs la raison de sa disposition : « Attendu qu'il n'y a entre eux aucun lien contractuel ou délictuel immédiat et direct, ni aucune raison de subrogation légale, ni aucun élément de subrogation conventionnelle ¹.

C'est le point de vue qu'adopte implicitement la loi du 13 juillet 1930, qui vient mettre fin à la controverse jurisprudentielle qui dominait, depuis un siècle, la matière de l'assurance.

Avant de nous arrêter aux dispositions légales, passons à l'assurance maritime, à l'assurance sur la vie, pour y voir l'attitude jurisprudentielle concernant le rapport entre l'assureur et le tiers responsable, et nous examinerons ensuite ce prétendu droit direct, son existence et sa structure juridique.

En matière d'assurance maritime, l'assureur a une action contre l'auteur du dommage, mais non basée sur l'art. 1382 ; ce n'est pas une véritable action directe, c'est une action fondée et justifiée par l'art. 1251, c'est une action découlant d'une « subrogation légale ² ».

Et pour en finir avec le cas où il peut s'agir d'une action directe, il nous faut envisager la question dans l'hypothèse d'une assurance sur la vie.

Malgré une décision de la Cour d'assises du Jura, du 28 juin 1884 ³, qui a décidé qu'une compagnie d'assurances, ayant dû, à la suite du meurtre commis par l'ac-

1. Bordeaux, 13 janvier 1913, S. 1914.2.3.

2. Cass., 2 mars 1886, S. 1887.1.17. Paris, 26 mars 1891, *Rec. de Marseille*, 1891.2.180.

3. Cour d'assises du Jura, 28 juin 1884, S. 1885.2.219 (arrêt cité).

cusé, payer la somme stipulée au contrat, a une action directe, à raison du préjudice subi, la jurisprudence postérieure refuse cette action directe pour la raison que « l'assurance sur la vie est un contrat aléatoire et dans lequel la mort entre dans les prévisions normales de ce contrat ¹ ».

Pour nous, également, un contrat d'assurance portant sur des choses est un contrat aléatoire, et en dernière analyse, le fait de payer la prime promise dans le dit contrat n'est pas un véritable préjudice, c'est l'exécution d'un engagement légalement et valablement contracté.

Pour nous résumer sur l'exposition brève, et par conséquent incomplète de ces décisions se référant au droit direct de l'assurance, nous pouvons dire que, en conformité avec la jurisprudence, c'est seulement dans les assurances terrestres que l'assureur peut s'adresser à l'individu qui a provoqué ou précipité l'arrivée du sinistre par une action délictueuse, en réparation du dommage.

Mais comme nous l'avons annoncé, nous contestons dans l'espèce l'existence d'un préjudice, et alors l'action devient sans fondement légal. L'attribution de cette action directe est critiquable à d'autres point de vue ; elle se heurte à la lettre et à l'esprit de l'art. 1165, parce que, dans notre cas, une convention, le contrat d'assurance, nuit à un *penitus extraneus*, au tiers responsable.

On répond que c'est une objection apparente, que la demande qui tend à obtenir une réparation n'est pas une atteinte à la règle que les conventions n'ont d'effet qu'en-

1. Montpellier, 9 janvier 1905, S. 1905.2.270 ; Paris, 21 mars 1905, D. 906.2.185, note de M. Capitant ; Cass., 6 janvier 1914, D. 1918.1.57, note de M. Dupuich ; Ch., S.1921.1.217, note de M. Perreau. Voir les explications et les différences par rapport à l'assurance des choses exposées par M. Capitant, *Revue trim. droit civil*, 1906, p. 37.

tre les parties contractantes, parce que l'action en réparation n'a pas pour but de faire produire un effet au contrat vis-à-vis des tiers, mais d'obtenir la réparation du dommage causé. Mais au fond, cela revient au même : Il y a une action directe basée sur ce préjudice, du moment qu'il existe un dommage, lequel peut constituer le fondement juridique de ce rapport obligatoire direct.

M. Capitant lui-même s'exprime dans le sens qu'un recours de la part de l'assureur n'est pas possible : « On ne peut invoquer contre les tiers un contrat auquel ils n'ont pas été partie. En vain objecterait-on que c'est la faute commise par l'auteur responsable, il suffit de répondre que, si l'assureur n'avait pas contracté, il ne devrait rien ¹. »

Mais, à l'heure actuelle, la question ne présente plus d'importance, la loi elle-même étant venue statuer sur cette question controversée.

C'est la loi du 13 juillet 1930 qui, dans son art. 36, prévoyait que « l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre le tiers qui, par son fait, a causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ».

« L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur. »

Voilà donc que le rapport juridique entre l'assureur et le tiers coupable est reconnu légalement, et par là on ne peut pas prétendre à la méconnaissance de l'art. 1165,

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 672.

car le principe *Res inter alios acta* n'est respectable qu'autant que la loi n'en décide pas autrement.

b) En ce qui concerne le droit de la victime d'agir contre l'assureur de la personne qui a provoqué l'accident, la jurisprudence s'est affirmée dans le sens positif par quelques arrêts de date tout à fait récente, et qui semblent des arrêts de principe, capables d'affirmer un principe juridique et de l'imposer, quoiqu'il puisse être considéré comme contraire aux principes légaux sans justification légale.

1° Elle affirme premièrement que la victime a une action directe, dont la source légale est « dans le droit propre, conféré par la loi sur l'indemnité due par l'assureur du responsable et dans l'obligation imposée à celui-ci de verser cette indemnité dans son intérêt » (art. 2102, L. 28 mai 1913).

C'est la formule habituelle qu'on trouve dans les considérants de toutes les décisions. C'est donc la loi de 1913 qui donne droit à cette action directe. Mais c'est un argument assez contestable. La dite loi établit un privilège sur l'indemnité d'assurance, mais non une action directe au profit de l'assureur.

Le privilège est tout autre chose qu'une action directe, « alors que le privilège permet seulement à son titulaire de primer les autres créanciers du même débiteur, l'action directe autorise le créancier à se payer sur des biens situés dans le patrimoine d'un tiers, le débiteur de son débiteur¹ ».

2° Une autre considération pour laquelle l'action de la victime est considérée comme recevable contre l'assu-

1. Note de M. Louis Josserand sous Civ., 14 juin 1926, D. 1927.1.57.

reur, c'est qu'il y a dans notre hypothèse une stipulation pour autrui, source de ce droit direct. C'est une stipulation faite par l'assuré au profit de la victime possible.

C'est l'argument considéré comme irréfutable par la jurisprudence¹ et par un très compétent civiliste, M. Josserand².

Ainsi, la Cour d'Alger³, dans un arrêt du 12 octobre 1930, adopte intégralement et exclusivement cette thèse,

« Attendu, dit-elle, qu'en contractant une assurance, l'assuré a cherché à détourner de sa tête la responsabilité d'un accident éventuel, en plaçant entre lui et la victime la compagnie d'assurance. »

« Attendu que cette compagnie n'a pu ignorer cette intention; que, la connaissant, elle a consenti le contrat d'assurance et y a consacré l'intention dont il s'agit en y introduisant certaines clauses lui réservant un contrôle occulte de moyens de défense sur l'assuré, de quoi il résulte clairement qu'elle a considéré la victime comme le véritable créancier de l'indemnité convenue en cas d'accident. »

« Attendu que si, de cette commune intention des parties contractantes, on rapproche l'existence d'une action directe, il suffit que ces tiers puissent être déterminés le jour où leur droit s'est ouvert. » Il est temps de conclure et nous concluons comme précédemment. C'est un certain abus à notre avis qu'on a fait trop souvent de l'application de l'art. 1121, dans toutes les matières, dans toutes les situations où le besoin l'exige ; cet article est devenu

1. Paris, 26 décembre 1929, D. 1930.2.1.

2. Note de M. Josserand, sous Toulouse, 8 octobre 1928; Lyon, 6 décembre 1928; Trib. cor. de la Seine 25 février et 24 avril 1929; Trib. com. Seine, 7 mai et 11 juin 1929; Paris, 26 décembre 1929 et 24 janvier 1930, D. 1930.2.1.

3. Alger, 12 octobre 1930, D. H. 1931, 89.

une soupape de sûreté, d'autant plus qu'il est considéré comme un véritable passe-partout, d'une extension presque absolue, limitée par l'étendue seule de nécessités pratiques.

Et ensuite, c'est une analyse de la volonté des parties en cause — l'assuré et l'assureur — analyse et présomption qui n'ont rien de réel, ce sont de simples suppositions contredites par l'esprit sinon par l'économie du contrat d'assurance.

Il ne faut pas ignorer la véritable intention des parties, le véritable mobile de la détermination de leur convention. Ce sont leurs intérêts matériels et actuels qui président à la formation de ce contrat d'assurance.

Les assureurs, comme le déclare M. Van den Broeck, avec la pénétration de l'homme qui en dehors d'une connaissance juridique solide des principes qui régissent cette matière importante de l'assurance, possède par expérience une idée juste des habitudes, des intentions manifestées et non manifestées des signataires de police d'assurance, du but qu'ils suivent en contractant, y voyent une opération commerciale dont ils comptent tirer profit, en payant le moins possible aux tiers ; l'assuré n'a d'autre but que de mettre son propre patrimoine à l'abri des surprises qui résultent pour lui de l'application des règles de la responsabilité civile.

« Et tous deux, communément à l'esprit du contrat, se proposent de conjuguer éventuellement leurs efforts pour éviter de verser à un tiers une indemnité quelconque. »

Il n'y a donc ni stipulation pour autrui d'où peut résul-

1. Van der Broeck, *De l'évolution du contrat d'assurance*, p. 36.

ter un droit direct, ni de disposition législative qui puisse justifier l'action directe.

L'attribution d'une action est en contradiction avec l'esprit de l'art. 1165. C'est une action directe créée par la jurisprudence, pour des considérations d'utilité, plutôt que pour d'autres raisons.

Dans les notes précitées de M. Josseland, ce dernier réfute cette objection en disant : « Sans doute les conventions sont en règle générale sans effet à l'égard des tiers, mais cette règle fléchit chaque fois qu'une action directe est reconnue par la loi ou par la jurisprudence. » Mais, à notre avis, la question est tout autre. Pourquoi ? Quelles sont les considérations juridiques qui ont permis à la jurisprudence la reconnaissance de cette action directe ? Et s'il n'y a pas des raisons explicables par le mécanisme légal, formé par le C. c., cette décision jurisprudentielle peut-elle infirmer des règles, consacrées depuis longtemps et considérées autrefois comme de véritables dogmes ?

Ce sera dans notre conclusion que nous répondrons à cette question.

e) CONCLUSION.

Donc, *l'origine de ces actions directes* ne se trouve dans aucune disposition législative. Comme nous l'avons vu, les art. 1753, 1798 et 1994 ne peuvent être considérés comme contenant et donnant naissance à un droit direct au bailleur, à l'ouvrier ou au mandant. De même, en matière d'assurance, dans le cas sur lequel la loi du 13 juillet 1930 n'a pas encore statué concernant le droit

pour la victime de se dresser contre l'assureur, l'action directe n'est que l'œuvre de la jurisprudence.

Et ce, pour les conséquences avantageuses que cette action personnelle et directe procurera à son titulaire par rapport à l'action oblique de l'art. 1166, qui est la seule que la loi puisse offrir.

CHAPITRE V

LE RELEVEMENT DU TARIF ET SES EFFETS

- a) *Effet du relèvement du tarif par une compagnie concessionnaire du gaz et d'électricité à l'égard des abonnés ; — α) Opinion jurisprudentielle ; — β) Système justificatifs ; — γ) Conclusion.*
- b) *L'effet que peut produire l'augmentation d'un tarif de transport, à l'égard des voyageurs munis d'une carte d'abonnement.*

a) EFFET DU RELÈVEMENT DU TARIF PAR UNE COMPAGNIE CONCESSIONNAIRE DU GAZ ET DE L'ÉLECTRICITÉ A L'ÉGARD DES ABONNÉS.

Nous arrivons maintenant à une espèce qui a fait l'objet d'importants débats judiciaires, c'est la question de savoir si le relèvement d'un tarif en matière de gaz et d'électricité peut ou non produire son effet à l'égard d'un abonné, dont le contrat conclu avec le concessionnaire remonte à une date antérieure à la modification du tarif.

Le grand cataclysme qu'a été la guerre de 1914 a amené avec lui un bouleversement moral, social et spécialement économique. C'est de ce dernier que nous nous occupons, car, à cause de lui, la justice commutative qui doit régner dans le domaine contractuel a disparu.

Les conséquences désastreuses de ce changement dans l'économie du contrat se sont fait sentir tout de suite dans toutes les sphères économo-commerciales, surtout

dans la matière de la concession d'un service public, par la hausse considérable de la matière première nécessaire au fonctionnement et même à l'existence du service concédé.

A cause de ces circonstances inattendues et tout à fait exceptionnelles et dans le but de remédier à tous les maux qui en résultent, une théorie nouvelle a dû être créée, théorie dite de l'imprévision, celle qui permet au concessionnaire d'exiger que les conditions originelles, prévues à la conclusion du traité de concession, soient changées dans le but d'établir des conditions nouvelles, en concordance avec le nouvel état de fait. Ce procédé de conciliation ou plus exactement d'adaptation du traité à la situation économique, consiste d'abord dans une intervention amiable, il peut donc être une opération conventionnelle.

Et, seulement, si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord, c'est la juridiction administrative qui intervient pour accorder à la Compagnie concessionnaire une certaine indemnité à laquelle elle a droit en raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle exécute ses obligations, car elle est obligée, coûte que coûte, d'assurer le fonctionnement du service public, donc de remplir les obligations primitivement assumées.

L'indemnité accordée pour rétablir l'équilibre juridique peut consister, non seulement dans une somme d'argent, mais dans le relèvement des tarifs. Mais, dans cette dernière hypothèse, un autre problème naît : Est-ce que le nouveau tarif, valable entre le concédant et le concessionnaire, étant souvent leur œuvre volontaire, notamment quand il résulte d'un accord amiable, s'impose aux autres personnes qui se trouvent en rapport avec le concessionnaire, les abonnés antérieurs?

Et si on répond affirmativement, n'est-ce pas une atteinte aux conditions conventionnelles originelles, celles dans lesquelles les abonnés ont contracté ? N'est-ce pas méconnaître la loi du contrat, et démentir catégoriquement la règle que les conventions ne nuisent et ne profitent pas aux tiers ?

Malgré la force des objections indiquées et sur la valeur desquelles nous reviendrons, la jurisprudence est catégorique dans le sens qu'un changement d'un tarif, son augmentation, a un effet obligatoire pour les usagers antérieurement abonnés, car, évidemment, pour ceux qui demandent la prestation du service public, après le relèvement du tarif, le problème ne se pose pas. Ils contractent dans les conditions actuelles.

a) *Opinion jurisprudentielle.*

Une jurisprudence très riche, pour un délai assez court, car elle n'a commencé à statuer qu'à partir de 1915-1916, confirme cette mesure contraire aux principes généraux et essentiels du droit, qui méprise le principe de l'autonomie de la volonté et méconnaît le principe des droits acquis.

Nous nous référons à trois espèces jurisprudentielles et uniquement à la jurisprudence, parce que cette décision contraire aux règles du droit commun est son œuvre.

Une décision prononcée dans ce sens et qui présente un certain intérêt parce qu'elle contient l'indication claire des considérations sur lesquelles elle repose, résoud l'es-pèce suivante.

Entre la commune Soisy-Montmorency et une Compagnie intervient une concession concernant l'éclairage de

ladite commune, qui établit par l'art. 2 du cahier des charges que le prix du mètre cube de gaz vendu aux particuliers sera de 0 fr. 16. Postérieurement, le 15 octobre 1915, en raison des circonstances expliquées plus haut, l'autorité concédante et la Compagnie concessionnaire, par un avenant régulièrement approuvé par l'autorité préfectorale, relève le tarif, à partir du 1^{er} novembre 1915, à 0 fr. 20 le mètre cube. Un certain abonné, Choiseul, conteste le droit à la Compagnie de lui imposer des conditions étrangères à celles comprises dans leur convention, la police d'abonnement, dans laquelle le tarif était de 0 fr. 16 le mètre cube. Voilà la question de fait sur laquelle la Cour d'appel de Paris a eu à statuer. Voilà le problème juridique; y a-t-il possibilités ou non d'augmenter les obligations d'un abonné par un avenant qui est pour lui *res inter alios acta*. La Cour répond :

« Considérant que la police d'abonnement est manifestement dominée par cette obligation impérative qu'impose son premier article à la Société, de fournir le gaz aux particuliers dans les conditions prévues au cahier des charges d'où il suit que le prix n'est fixé à 0 fr. 16 le mètre cube, qu'autant que le cahier de charge qui lie la commune à la concession, maintient lui-même le même prix, que du jour où, au contraire, la commune et la Société tombent d'accord pour modifier le prix de la fourniture, le nouveau prix se substitue à l'ancien et s'impose au consommateur comme condition du cahier des charges ¹. »

De cet arrêt, nous tirons plusieurs conclusions : La police d'abonnement se réfère, dans ladite espèce, d'une façon indéniable au cahier des charges et aux conditions qui y sont insérées. Elle est devenue, à ce qu'on prétend,

1. Paris, 15 mai 1919, S. 1921.2.93.

un accessoire, qui doit suivre le sort du principal, spécialement en ce qui concerne le tarif avec ses modifications probables.

C'est une analyse subtile et même fantaisiste de la volonté de l'usager. En adhérant au cahier des charges, essentiellement changeable, l'abonné est considéré avoir consenti implicitement à toute modification, à toute révision. Le nouveau prix lui est imposable, parce qu'on le considère comme résultant de son propre consentement. Nous laissons de côté le commentaire de la base logique de cette théorie pour plus tard, maintenant nous voulons retenir que la jurisprudence dans notre cas a déclaré comme obligatoire l'effet d'un avenant pour l'usager abonné, pour la raison indiscutable que la police se rattache au traité de concession, aux conditions stipulées dans le cahier des charges.

Mais la jurisprudence consacre la même solution dans l'hypothèse où la police ne fait pas la moindre allusion au cahier et à ses stipulations et ne se réfère pas même tacitement au contrat de concession.

C'est le cas de l'affaire concernant la Compagnie d'éclairage de Bordeaux, concessionnaire du service d'éclairage de cette ville et la Société intercommunale, entre lesquelles un contrat d'abonnement est intervenu en vertu duquel ladite Compagnie s'oblige à procurer à la Société le gaz qu'elle distribue aux communes suburbaines. Le prix est de 0 fr. 10 le mètre cube, le même tarif que celui établi par le cahier des charges.

Une hausse de matières premières détermine un relèvement des prix à 0 fr. 18 le mètre cube pour les particuliers et à 0 fr. 21 pour les autres abonnés.

La Société intercommunale s'oppose à ce changement de tarif, en le considérant comme une atteinte à son droit

irrévocable, acquis à la suite de la convention qu'elle a contractée avec la Compagnie concessionnaire, comme une violation des articles 1134 et 1165.

La Cour de cassation sollicitée de résoudre ce délicat problème juridique, décide :

« Attendu que ces relèvements provisoires des tarifs, régulièrement approuvés par l'autorité administrative, s'imposent à tous ceux auxquels le gaz est fourni par le Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et spécialement à la Société intercommunale d'éclairage..., que si la Société intercommunale a, par suite des stipulations établies à son profit dans le traité et le cahier des charges, le droit d'exiger de la Compagnie d'éclairage la fourniture nécessaire au réseau suburbain, ce droit ne peut s'exercer que sous la condition de payer les redevances régulièrement établies... qu'elle doit subir les modifications de la convention et du cahier des charges, imposées par les événements ¹. »

Donc même quand le contrat d'abonnement ne contient aucune référence au cahier des charges, quand le principe connu de l'*accessorium sequitur suum principale*, ne doit pas être logiquement appliqué, les juges ont cru qu'il est logique et même juridique que le prix de l'abonnement soit modifiable contre et à l'insu de la volonté du simple particulier. On peut dire sans crainte que dans cette dernière catégorie de cas aussi, ils ont pensé ou au moins ont invoqué un attachement tacite et implicite au rapport qui lie le particulier et le concessionnaire.

Mais la jurisprudence ne va pas plus loin. Elle veut garder au moins en apparence une justification juridique dans ses décisions si libérales.

Dans le cas où les parties ont manifesté des conditions

1. Ch. req., 4 mai 1921, S. 1922.1.65.

spéciales, contraires à celles contenues dans le cahier des charges et où leur désir de modifier les stipulations intervenues entre l'autorité concédante et le concessionnaire, en cas de tarif réduit, cette prétendue et bizarre adhésion ne peut être soutenue, l'augmentation de tarif qui pourrait survenir postérieurement est sans effet¹.

C'est une opinion jurisprudentielle précise et constante à l'heure actuelle.

Cette conception, différente de celle que nous avons vue dans les deux arrêts exposés ci-dessus, est clairement justifiée par la Cour de Lyon, pour les motifs juridiques suivants :

« Attendu qu'il est de jurisprudence constante qu'en adhérant à un contrat essentiellement *changeable*, l'abonné accepte de se soumettre aux modifications futures qui peuvent être apportées audit contrat, notamment, en vertu d'un avenant d'augmentation, qu'il en est autrement lorsque l'abonné, au lieu de se soumettre au tarif maximum, qui n'est en réalité que le tarif normal, a obtenu un tarif inférieur librement débattu, que, dans ce cas, en effet, les modifications du tarif maximum sont sans effet et ne sauraient aucunement lui être applicables². »

Dans cette dernière situation, la jurisprudence défend la libre volonté de l'individu, confirme le principe que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et seulement à eux. Elle cherche

1. Cass. civ., 2 octobre 1923, S. 1923.1.195; Cass., 13 juillet 1925, *Gaz. Pal.*, 12 octobre 1925; Trib. de comm. de St-Etienne, 20 juillet 1927, *Revue de concession*, 1928, p. 80. Voir Decencière-Fernandière, *Des effets à l'égard des tiers des augmentations de tarif dans les concession de gaz et d'électricité*, thèse Paris, p. 99 et s.

2. Cour de Lyon, 22 juin 1922, *Moniteur jud. Lyon*, 11 décembre 1922, voir pour conformité; Lyon, 19 janvier 1922, *Moniteur jud. Lyon*, 8 septembre 1922; Cour de Lyon, 31 janvier 1924, *Moniteur jud. Lyon*, 15 juillet 1924.

à sauver le principe de l'autonomie de la volonté, alors que, dans la majorité des cas, il est méconnu.

b) *Systèmes justificatifs.*

Passons tout de suite à l'examen doctrinal des divers cas, à leur explication, comme à leur critique.

L'explication juridique de l'opinion jurisprudentielle diffère d'après les auteurs et d'après les principes auxquels on se réfère pour en trouver la véritable justification.

Une opinion invoque les principes du droit public, une autre se rattache aux dispositions du droit privé et enfin une troisième opinion, peut-être la plus juste, invoque l'exigence impérieuse des intérêts sociaux.

a) *Droit public.* — Commençons par la doctrine qui enseigne que c'est le droit public qui offre la solution du problème, qui, par l'application de ses règles, peut fournir l'explication valable de cette dérogation au droit commun.

C'est dans la nature juridique de la concession, dans la structure du cahier des charges, spécialement du tarif, que réside la justification.

La concession, *grosso modo*, est un acte intervenu entre l'autorité administrative et le concessionnaire.

Et comme cet acte impose des obligations réciproques et des droits respectifs aux deux parties en cause, on est incité à croire que nous nous trouvons en face d'un contrat pur et simple, d'un contrat parfait, un contrat synallagmatique. Mais cette convention entre le concédant et le concessionnaire est plus compliquée, d'une nature plus complexe.

Elle présente certaines dispositions purement contractuelles, mais il y en a d'autres qui ont un caractère réglementaire, un caractère légal, car par « la concession, l'administration charge un individu ou une Société de faire fonctionner ou d'exploiter un service public ¹. »

Ainsi, le concessionnaire est substitué à l'autorité concédante, et, en cette qualité, il exerce un certain nombre de droits de puissance publique, lesquels possèdent la prérogative exceptionnelle de produire un effet vis-à-vis des tiers ².

Donc, tous les actes qui touchent à l'organisation comme à l'existence du service public sont de nature réglementaire.

La jurisprudence est d'accord sur cette distinction entre les deux sortes de dispositions contractuelles et réglementaires, parce qu'elle applique, en cas d'inexécution des obligations imposées par le cahier des charges et en dehors des stipulations précises et formelles du traité de concession, le droit commun, dans le but de réparer le préjudice résulté.

C'est l'art. 1142 C. c. qu'on invoque pour l'obtention des dommages-intérêts.

Ainsi, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 31 mars 1907, condamne un sieur Deplanque, concessionnaire de l'éclairage électrique de la ville de Nouzon, à payer à ladite ville une somme de 1.000 francs pour compenser le préjudice provoqué par le non-remplissement de sa part des obligations qu'il a assumées dans l'acte de concession ³.

1. Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 55.

2. Hauriou, *Droit administratif*, 1933, p. 942.

3. Cons. d'Etat, 3 mai 1907, S. 1907, 111.113 et la note de M. Hauriou.

Le cessionnaire a également un droit à l'indemnité si le concédant n'a pas bien rempli ses engagements et si un préjudice existe.

Voici à ce sujet une espèce très intéressante : Un concessionnaire était chargé d'assurer le balayage et le nettoyage des rues, voies et places publiques des Sables-d'Olonne. Il était spécialement obligé d'enlever les ordures ménagères que les habitants, conformément au règlement de police, devaient déposer dans les poubelles.

Mais les habitants ayant violé les dispositions de ce règlement de police, la ville n'a pas pris les mesures nécessaires pour le faire respecter, et par voie de conséquence le concessionnaire a été obligé de faire des travaux supplémentaires. Il eut des dépenses plus grandes que celles prévues, et, en dernière analyse, il en résulta pour lui un préjudice. Il se dressa contre la ville coupable d'une négligence manifeste, pour demander la réparation du dommage éprouvé. Le Conseil d'Etat condamna la municipalité à verser la somme de 50.000 francs pour l'inobservation et l'inexécution des obligations auxquelles elle était soumise et qu'elle avait assumées envers le concessionnaire par le traité de concession ¹.

La conclusion qui se dégage est que dans la matière de concession on fait appel, en ce qui concerne l'inexécution des engagements, dans l'hypothèse où le cahier des charges reste muet sur les principes qui régissent les obligations de droit privé. Donc, on a abandonné la croyance que le cahier des charges se suffit à lui-même et on a admis que l'inobservation des engagements pris, est sanctionnée par les termes du droit commun.

1. Cons. d'Etat, 30 mars 1927 S. 1927.111.64 et la note 1-2.

Cette application du droit privé est explicable par la nature contractuelle des clauses de l'acte de concession et des obligations qui en découlent.

Egalement pour les raisons exposées ci-dessus, la jurisprudence s'est refusée à admettre le recours pour excès de pouvoir — recours fondé sur la violation de la convention passée.

C'est encore une preuve de l'interprétation qu'elle donne à la concession comme d'un acte — en partie — de nature conventionnelle et qui ne peut être porté directement devant le Conseil d'Etat par la voie de recours pour excès du pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir exige pour qu'on l'exerce, deux conditions :

- 1° Qu'il y ait violation d'une règle de droit;
- 2° Qu'il s'agisse d'un acte administratif ¹.

Mais quand la violation a porté sur le contenu du contrat, sur le sens et la portée de la convention, il n'y a pas lieu à un recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer expressément dans le sens indiqué sur le recours présenté par la Compagnie des tramways de l'Est-Parisien, pour faire annuler une décision prise par le préfet de la Seine et par laquelle ce dernier ordonnait à ladite Compagnie d'établir des services conformes à l'horaire arrêté par le préfet dans la décision du 26 janvier 1916. La demanderesse a été déboutée pour les considérants que nous reproduisons telxtuellement.

« Attendu que si elle (la compagnie) se croit fondée à soutenir que le préfet lui a, par la décision attaquée,

1. Note de M. Hauriou sous cons. d'Etat du 31 mars 1907, arrêt cité; Cons. d'Etat, 8 mars 1912, S. 1913.3.1, note de M. Hauriou.

imposé des obligations ne résultant pas pour elle du traité de concession, sa prétention soulève un débat sur le sens et la portée du contrat et, par suite, c'est au Conseil de préfecture qu'il appartient, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VII, d'en connaître, sauf appel au Conseil d'Etat¹. »

Pour les mêmes raisons, l'administration concédante n'a pas le droit d'imposer d'autres charges ou d'augmenter celles qui sont exprimées dans le cahier des concessions.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à diverses reprises, spécialement dans la matière des chemins de fer. Elle a statué que le ministre des Travaux publics ne peut pas — en dehors de toute proposition de la Compagnie concessionnaire — imposer à cette dernière la construction de gares nouvelles².

Les conclusions de M. David, commissaire du gouvernement dans la matière citée ci-dessus, sont dignes d'intérêt. Elles nous donnent une analyse juste de la nature de l'acte de concession et un exposé clair sur la limite du pouvoir d'Etat, sur les droits et les obligations d'un concessionnaire.

« En ce qui touche l'esprit du contrat, dit-il, il est d'abord bien certain qu'une convention de chemin de fer ne constitue pas de la part de l'Etat un acte de munificence, un acte de libéralité, mais bien un contrat synallagmatique qui impose au concessionnaire des charges lourdes en vue des bénéfices éventuels.

¹ 1. Conseil d'Etat, 21 novembre 1919, *Rec.*, 1919, p. 849-850; voir aussi Cons. d'Etat du 8 août 1921, Compagnie du chemin de fer métropolitain de Paris, *Rec. des arrêts du Cons. d'Etat*, p. 869; voir les arrêts moins récents cités par Vegliani dans sa thèse, *Des modifications apportées par l'administration à ses contrats*, p. 51, note 1.

² 2. Cons. d'Etat, 28 juin 1878, D. 1878.3.61.

» Ses obligations comme ses droits doivent être déterminés dans un acte de cette nature, avec toute la précision que comporte la matière qui en est l'objet, mais comme cette matière des chemins de fer touche à des intérêts généraux de premier ordre dont il est impossible quelquefois de déterminer à l'avance la nécessité ou les convenances, il a dû se servir dans certains cas d'un pouvoir discrétionnaire pour assurer la satisfaction des intérêts généraux », et il énumère la police des chemins de fer, etc. Mais il conclut que, dans l'espèce, la construction des gares nouvelles n'est pas exigée par cet intérêt supérieur et général, qu'elle ne peut permettre une méconnaissance des droits acquis de la compagnie concessionnaire ¹.

Cette manière de raisonner a été confirmée par les décisions intervenues postérieurement ² et d'où se dégage cette conclusion générale que les concessionnaires en dehors de l'exécution des obligations auxquelles ils ont convenu ne peuvent être soumis par l'autorité administrative à d'autres mesures complémentaires, sauf le cas où ces mesures concernent l'existence, la sécurité, en d'autres termes la marche normale du service, car le concessionnaire lui-même a une obligation primordiale, d'assurer au service public, une exécution suffisante, et que les charges initiales du concessionnaire pourront s'accroître avec les besoins du service. Et si ces conditions ne sont pas prévues dans le cahier des charges, l'Etat peut intervenir, car il ne peut pas se désintéresser du service public, une fois qu'il l'a conçu. L'Etat reste

1. Cons. d'Etat, 24 novembre 1882, D. 1884.3.37.

2. Cons. d'Etat, 11 mars 1898, D. 99.3.71 (la note 3 et 4).

garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens. Il reste responsable de la sécurité publique, qu'une exécution inhabile du service peut compromettre, « il reste responsable de l'ordre public, qu'une exécution incomplète et maladroite peut troubler ¹ ».

Donc, quand il s'agit de l'existence même du service public concédé, la fin de non-recevoir, de la part du concessionnaire qui n'a qu'à s'en tenir à ses obligations insérées dans le cahier des charges, est impuissante à arrêter l'intervention de l'Etat.

L'autorité administrative a la possibilité d'apporter un changement au contrat de concession conclu, quand elle agit en qualité de puissance publique.

En vertu de sa fonction légale et réglementaire, elle peut imposer des charges supplémentaires non prévues dans la convention initiale. Mais ce pouvoir en apparence exorbitant ne lui appartient que dans la mesure où un intérêt social est en jeu.

La jurisprudence s'est largement occupée de cette situation ² qui n'est, comme dit M. Hauriou, que « la réaction exercée sur une situation de gestion par un acte accompli par la voie d'autorité et par la même administration publique ³ ».

C'est l'application de la théorie nommée du fait du prince, dont la définition se trouve admirablement rendue par M. le doyen Hauriou, dans l'arrêt du 8 mars 1901 cité.

1. Léon Blum et ses conclusions dans l'affaire de la Compagnie générale de tramways devant le Conseil d'Etat, le 11 mars 1910, D. 1912.III.49-50; voir aussi la note de M. Hauriou, sous Cons. d'Etat du 11 mars 1910, S. 1911.III.1.

2. Cons. d'Etat, 28 juillet 1905, S. 907.III.95 (3); Cons. d'Etat, 22 décembre 1905, S. 907.III.155; Cons. d'Etat, 4 août 1905, S. 907.III.105.

3. Notes de M. Hauriou, sous Cons. d'Etat, 8 mars 1901, S. 1902.3.73.

« C'est le cas où l'autorité administrative, exerçant ses fonctions, ou faisant un acte qui rentre dans ses attributions, il se trouve qu'on porte atteinte aux dispositions du contrat. »

Ainsi l'autorité concédante devient maîtresse absolue du contrat, « un prince de la convention ».

Les espèces présentées sont assez nombreuses et généralement se caractérisent par une atteinte indirecte, aux dispositions du cahier des charges.

Un arrêt qui doit retenir notre attention est celui intervenu également dans la matière de chemin de fer. C'est l'affaire de la Compagnie du chemin de fer du Nord, portée devant le Conseil d'Etat, le 6 décembre 1907¹.

La dite Compagnie intentait un recours pour excès de pouvoir contre un décret du chef de l'Etat — un règlement d'administration en date de 1901 qui prévoyait une série de mesures concernant le chauffage des wagons, les horaires des trains, l'éclairage dans les gares et toutes les précautions nécessaires pour éviter les accidents, en invoquant la raison que les charges prévues et contenues dans la convention se trouvent augmentées. « C'est un détournement de pouvoirs de la part de l'Etat, disait la Compagnie, parce qu'il vient sur la base de l'ordre public, de cette idée de sécurité, bouleverser les conditions du contrat initial, auquel il a été partie. »

Il ne peut avoir ce droit d'aggraver notre situation contractuelle, car il « s'est servi de son pouvoir de police dans un but contractuel² ».

Le Conseil d'Etat repousse ces considérations en recon-

1. *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1907, p. 913.

2. M. A. Mestre, « Droit administratif, contentieux », *Cours de doctorat* 1929-1930, p. 157.

naissant pour l'Etat le droit de prendre toutes mesures pour la surveillance de l'ordre public, « dont, comme le déclare M. Blum, il reste le garant ». Mais le concessionnaire préjudicié a le droit d'aller devant le Conseil de préfecture, le juge du contrat, pour demander la réparation de dommages causés par l'acte d'autorité.

Une situation semblable se présenta devant le Conseil d'Etat le 4 février 1910¹.

L'intérêt de ce cas réside dans la variété des mesures ou pour mieux dire des charges que l'autorité administrative peut imposer à une compagnie concessionnaire, en espèce une compagnie de chemins de fer, toujours quand il s'agit de l'existence d'un intérêt général et supérieur, comme la liberté et la sécurité de la circulation.

Il y avait dix sortes de mesures sur lesquelles le Conseil d'Etat avait à se prononcer et à établir s'il y avait un excès du pouvoir de la part du préfet qui les prescrivait :

1° L'établissement d'issues nouvelles dans diverses stations des lignes en exploitation ou en construction, du chemin de fer métropolitain, en vue d'assurer l'évacuation rapide en cas d'incendie (première espèce).

2° Diverses mesures concernant le matériel nécessitant l'usage de l'électricité pour la traction, mesures destinées à prévenir les accidents probables (deuxième espèce).

3° Mesures relatives à l'éclairage de la voie, des quais et des accès des stations, également prises dans un intérêt de sécurité publique.

4° Dispositions pour la distribution et la prise du courant électrique (quatrième espèce).

1. *Recueil du Conseil d'Etat*, 1910, p. 97.

5° Mesures nécessaires à l'aménagement des stations ayant pour objet la suppression ou l'interdiction des obstacles, pouvant s'opposer à l'évacuation rapide par les voyageurs en cas de panique, de sinistre (cinquième espèce).

6° Modification de l'horaire des trains, toutes pour la sûreté de la circulation et les besoins du public (septième espèce).

7° Enfin l'obligation pour le concessionnaire d'organiser des moyens de secours sur son réseau (huitième espèce), etc.

Evidemment la Compagnie a nié le droit du préfet qui, par un arrêté, a modifié le contrat de concession. Un contrat ne pouvant être modifié que par la même voie contractuelle conformément au principe romain *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*¹.

En agissant de la sorte, il a commis un excès de pouvoir et de là le recours devant la suprême instance administrative.

Le Conseil d'Etat a statué qu'il n'y avait aucun excès de pouvoir. Le préfet peut prendre des dispositions que la sécurité publique exige. Cet acte par lequel les charges du concessionnaire sont accrues, par lequel un élément nouveau est introduit dans les cahiers des charges, est parfaitement légitime.

C'est une conséquence de la nature de la puissance publique.

La structure juridique du tarif. — Mais le tarif, puis-

1. *Dig.*, L, 17, 35.

que c'est la solution que nous cherchons, dans quelle catégorie de dispositions trouve-t-il sa place ?

Est-il de nature contractuelle ou de nature réglementaire ? Est-il une disposition qui touche non seulement au bon fonctionnement, mais à l'existence du service public, ou est-il purement et simplement une disposition de caractère contractuel, née du contrat de concession et insérée dans le cahier des charges ?

Sa nature change d'après les parties auxquelles il s'impose, répondent les partisans de la première conception.

A l'égard du concessionnaire, la doctrine comme la jurisprudence lui reconnaissent la nature contractuelle, qui s'affirme par des symptômes certains : d'autre part, il est la résultante des deux volontés qui ont pu se mouvoir librement dans les limites tracées par le droit commun, ou par le cahier des charges, il a sa base dans le consentement productif d'obligations tant pour le concessionnaire que pour le concédant. Il se comporte donc comme les contrats, d'abord dans sa genèse, puis dans ses effets¹.

Logiquement, en conséquence, la modification du tarif n'appartient qu'aux parties contractantes. Cette faculté de modifier la convention passée, en espèce, de taux du tarif, ne peut être que leur affaire.

Et d'ailleurs elles ne peuvent être substituées dans cette opération, par les juges du contrat.

C'est le sens dans lequel la jurisprudence s'est affirmée en matière d'éclairage².

1. Jossierand, *Les transports en service intérieur et international*, 2^e éd., 1926, n° 213.

2. Lyon, 20 mars 1922, 20 février 1920; Vitry-le-François, 13 décembre 1918, *Rev. des conces.*, 1920, p. 20, note 2, Société Valette-Meaume et Cie

Le Conseil de préfecture ne peut imposer aux parties un relèvement de prix.

« Considérant qu'il n'appartient pas aux juges du contrat de substituer de nouvelles clauses à celles qui ont été librement consenties par les parties, que par suite c'est avec raison que le Conseil de préfecture a rejeté la prétention d'une compagnie concessionnaire, de relever le tarif du gaz ». C'est la décision du Conseil d'Etat dans l'espèce suivante : la Compagnie d'éclairage de la banlieue de Paris avait présenté une requête (au Conseil d'Etat) en vue d'annuler un arrêté, en date du 9 novembre 1917, par lequel le Conseil de préfecture, tout en reconnaissant que la Compagnie pourrait avoir le droit d'obtenir de la commune de Villemomble une indemnité pour charge extra-contractuelle et en renvoyant aux experts le soin d'en déterminer le montant avait rejeté la conclusion de la Compagnie tendant à ce que la dite indemnité soit réglée sous la forme d'un relèvement des tarifs de gaz ¹.

Les arrêts intervenus postérieurement dans la matière confirment la décision ci-dessus ² que le Conseil de préfecture comme le Conseil d'Etat sont incompétents pour apporter une modification dans le prix de vente du gaz. Et on peut réformer, dit le Conseil d'Etat, un arrêté du Conseil de préfecture qui s'arroge le droit de déterminer un relèvement de tarif.

ville de Philippeville, *R. Conseil d'Etat*, 1920, p. 109, *Revue des Conces.*, p. 109; Vendôme, 16 janvier 1920, *Rev. des conces.*, 1920, p. 20, *Rec. Cons. d'Etat*, 1919, p. 907.

1. 27 février, Compagnie d'éclairage de la banlieue de Paris, *Rec. Cons. d'Etat*, 1920, p. 217, *Rev. des conces.*, 1920, p. 113; 14 mai, Compagnie générale de l'industrie du gaz c. ville de Cannes, 1920, *Rec. Cons. d'Etat*, p. 48^o, *Rev. des conces.*, 1920, p. 150.

2. Conseil d'état, 14 mai, Compagnie d'éclairage et de chauffage par le gaz, Compiègne, *Rev. des conces.*, 1920, p. 153.

L'occasion en a été offerte dans l'affaire Ville de Neuilly-sur-Marne contre la Société nommée « La fusion des gaz ». La dite société avait demandé à la ville concédante d'apporter à cause de la hausse exceptionnelle des prix du charbon, les modifications nécessitées par le nouvel état de choses.

N'ayant pu se mettre d'accord, les parties saisirent le Conseil de préfecture de Seine-et-Oise d'une réclamation tendant au relèvement du tarif de gaz, vendu aux consommateurs. Le Conseil de préfecture décida que le prix du gaz soit relevé de 2 centimes 80 millimes par mètre cube pour chaque majoration de 10 francs affectant le prix de la houille vendue à pied d'œuvre au delà du prix limité de 37 fr. 50 par tonne.

La Ville de Neuilly-sur-Marne présenta une requête, pour l'annulation de cette disposition, prise le 11 août 1916, admettant le supplément de prix. Et le Conseil d'Etat lui donna raison, en statuant d'une manière indiscutable que « le juge du contrat est incompétent, pour modifier la convention passée entre le concédant et le concessionnaire, et pour déterminer en dehors des parties contractantes le relèvement du prix de vente ¹ ».

B. Mais on soutient que le tarif change de nature quand on l'envisage par rapport au public, à l'égard des tiers.

Il produit ses effets contre eux, comme s'ils étaient intervenu à sa fixation. Ces conséquences suffisent, prétend-on pour abandonner l'idée que le tarif serait seulement une convention régie par les articles 1134 et 1165 du Code civil ².

1. Commune de Neuilly-sur-Marne, 21 mai 1920 *Rec. Conseil d'Etat*, p. 526, *Revue des conces.*, t. XIX, p. 160-161.

2. Jossierand, *Transports*, 2^e éd., n° 214, p. 218.

Evidemment pour l'établir, l'intervention du concessionnaire est nécessaire, économiquement et juridiquement.

Mais on s'accorde généralement pour interpréter le tarif comme un acte réglementaire, un acte de nature administrative, pour les raisons suivantes :

1° L'autorité publique, par la coopération, prend une part active à la défense de l'intérêt public.

Spécialement par son intervention dans l'homologation du tarif, le gouvernement empêche les combinaisons abusives qui léseraient l'intérêt public et blesseraient l'équité ¹.

Donc l'établissement du tarif rentre dans la catégorie des actes de puissance publique, donc le caractère essentiel est l'opposabilité *erga omnes*.

Non seulement il s'impose avec une force obligatoire pour le public, mais comme nous l'avons vu, les modifications qu'on lui apporte postérieurement ont effet à l'égard des usagers, de tous ceux qui ont conclu un abonnement avec le concessionnaire, même si cette modification constitue une réelle atteinte à un droit acquis, car « le tarif est un règlement modifiable à tout instant par l'autorité publique compétente, et il est applicable immédiatement de plein droit aux usagers, porteurs de cartes d'abonnement, aux usagers des services de distribution de gaz, d'eau, d'électricité, porteurs de police d'abonnement ² ».

2° Un autre motif qui peut faire croire que le tarif n'est pas un simple contrat, est que le prix perçu par le concessionnaire comme rémunération de son service est

1. Aucoc, *Conférence sur l'administration et sur le droit administratif*, 2^e éd. 1882, n° 1787; Sarrut, *Code annoté de chemins de fer*, 1905, p. 66 note 3.

2. Jèze, *Contrats administratifs*, 1927, p. 70.

une « taxe », assimilable à celle des contributions publiques, à l'impôt indirect¹.

Et comme suite à cette interprétation, la doctrine comme la jurisprudence² affirment que les contestations entre les particuliers et les concessionnaires relatives à l'application du tarif doivent être portées devant le contentieux de l'impôt, qu'ils sont de la compétence de l'autorité judiciaire.

3° Mais une autre explication est fournie, en ce qui concerne l'attribution aux tribunaux ordinaires de la perception, application et interprétation du tarif, par l'idée, plutôt jurisprudentielle, que les tarifs sont de véritables lois.

Une jurisprudence abondante et constante soutient d'ailleurs qu'il est bon de mentionner qu'il s'agit en l'espèce de tarif de chemin de fer, que les tarifs ont forcé la loi, force légale, qui présente un caractère d'ordre public. C'est la deuxième conception relative à la nature juridique du tarif.

En dehors des arrêts qui proclament la structure législative³, il y en a d'autres qui soutiennent que même

1. Laferrière : « La rémunération du concessionnaire ne consiste pas dans un prix déterminé, elle consiste simplement dans le droit qui lui est concédé de percevoir une redevance sur ceux qui usent de l'ouvrage public. Cette redevance est une sorte d'impôt assimilable aux taxes indirectes. La taxe imposée au public et la délégation du droit de perception au concessionnaire exigent une double intervention de la puissance publique et impriment au contrat de concession un caractère administratif ». *Juridiction administrative*, p. 605.

2. Req., 19 juillet 1920, 4 mai 1921, D. 1922.1.41; Conseil d'Etat, 15 février 1884, S. 1885.3.78; Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1870, S. 72.2.159; Cass. 26 août 1874, S. 74.1.490; Cass., 30 mars 1863, S. 1863.1.252; Cass., 31 décembre 1866, S. 1867.1.34; Caen, 15 juin 1860, S. 1862.1.744; Cass, 31 janvier 1859, S. 59.1.740; Cass., 21 janvier 1857, S. 1857.1.566; Cass., 9 juillet 1851, S. 1852.1.15, P. 1953.2.193; Cass, 7 juillet 1852, S. 1852.1.713, P. 1854.2.520; Conseil d'Etat, 5 février 1841, S. 1841.2.248.

3. Cass., 29 octobre 1929, D. H. 1930, p. 21 et la note; Cass. civ., 25 juin 1924, S. 1924.1.384; Civ., 14 mai 1919, S. 1922.1.382 note 2-3; Civ., 3 août

les cahiers des charges imposés à la compagnie concessionnaire, avec toute la complexité de leurs dispositions, comme l'ordonnance qu'ils ont précédée, sont des actes législatifs¹.

Avant de nous prononcer sur cette dernière théorie, concernant la signification des expressions ci-mentionnées, et employées par la jurisprudence, nous envisagerons les conséquences qui s'y rattachent

Les tarifs doivent être appliqués à la lettre², il est formellement interdit en raison même de son caractère d'ordre public³ de déroger au tarif⁴ et enfin une autre conséquence est que le tarif étant une loi, l'autorité compétente pour l'interpréter est comme dans le cas où il s'agirait d'une loi, l'autorité judiciaire⁵.

Mais cette conception a été sérieusement critiquée pour la raison qu'une loi est l'œuvre du parlement. Il n'appartient qu'au corps législatif de faire des lois. Et ce pouvoir de légiférer est exclusif et ne peut comporter aucune délégation. On ne peut pas dire que l'autorité concédante, par l'office de ses représentants, le gouvernement, le préfet ou le maire, bref l'autorité qui a ho-

1918, S. et P. 1921.1.223 ; Cass., 7 janvier 1918, S. et P. 1921.1.277; Cass. civ., 9 février et 20 avril 1915, S. et P. 1920.1. 276; Bordeaux, 13 mai 1913, S. 1914.II.119; Cass, 27 mai 1913, S. et P. 1913.1.575; pour les arrêts plus anciens, voir Josserand, *op. cit.*, n° 222, notes 1, 2, 3, 4, et 5.

1. Cass., 31 décembre 1866, D. 67.1.56.

2. Cass., 3 août 1918, arrêt cité, Cass. civ., 9 février et 20 avril 1915, S. et P. 1920.1.276, cité, 7 janvier 1918, arrêt cité; Cass. civ., 8 mai 1911, S. et P. 1914.1.406, 23 avril 1912, S. et P. 12.1.470.

3. Paris, 17 mai 1929, *La Loi*, 24 juillet, 27 septembre 1929, 9 mai 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.147; Paris, 10 décembre 1929, *Gaz. trib.*, 1930, 2^e sem., 2.27; Trib. St-Etienne, 6 juin 1930, *Gaz. trib.*, 1930.2.287.

4. Paris, 7 janvier 1918, arrêt cité. Cass. 7 avril 1914, 1917.1.180; Cass. civ., 25 mars 1914, S. et P.1916.1.94.

5. Cass., 5 février 1861, S. 1862.1.196; Cass., 7 juillet 1852, S. 1852.1. 713, P. 1854.2.520; 21 janvier 1857, S. 1857.1.566.

mologué les tarifs, aurait été investie par une soit disant concession, de cette fonction législative.

Il y avait autrefois cette fausse croyance, dans certaines hypothèses et pour certains actes que le pouvoir législatif pouvait être délégué. On trouve des auteurs qui défendent cette opinion. Citons parmi ces derniers, un illustre juriste qui n'est autre que M. Ducrocq.

« Les actes administratifs français se divisent en deux classes... » Il faut écarter des actes réglementaires, décrets, arrêtés préfectoraux ou municipaux portant règlement dont les dispositions ne sauraient donner lieu au fond, à un recours contentieux, parce qu'ils sont faits par l'autorité administrative, en vertu d'une délégation partielle de pouvoir législatif¹. »

Mais cette idée de délégation est contestée par la majorité des auteurs et repoussée spécialement par la doctrine moderne. Quant à la thèse jurisprudentielle, certains auteurs l'interprètent autrement. Ils estiment que par la formule habituelle « les tarifs dûment homologués ont force de loi », elle n'a pu penser qu'à la force obligatoire des tarifs et qu'elle n'a pas du tout entendu ne voir dans un tarif qu'« un tableau de prix », une véritable loi des parties contractantes².

Et comme logiquement et juridiquement on ne peut pas soutenir que le tarif est une loi, on ne peut pas non plus dire que la compétence est déterminée par le caractère légal du tarif.

1. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 2^e éd., n° 83.

2. V. note de Lyon Caen, sous Cass., 16 décembre 1882, S. 1883.1.433 : « Lorsqu'on dit que le cahier des charges fait la loi, on emploie ces dernières expressions dans un sens analogue à celui où elles sont prises dans l'article 1134, d'après lequel les conventions font la loi des parties ». V. Dereux, *Nature juridique du tarif des chemins de fer*, p. 38 et Lauzero, *Nature juridique du tarif des chemins de fer*, thèse Toulouse, 1910, p. 36.

L'opinion dominante est donc que si le tarif est soustrait au juge du contrat, pour être confié aux tribunaux de droit commun, cela s'explique par l'assimilation du prix, que le concessionnaire est investi, par l'autorité publique, à percevoir pour le service rendu aux particuliers, à une redevance fiscale, à un véritable impôt.

Donc, cette théorie qui a recourt aux principes du droit public pour justifier l'effet absolu que la modification d'un tarif produit, peut se ramener à la proposition suivante :

La concession n'est pas une simple convention, un véritable contrat. Son contenu est varié. Les cahiers des charges contiennent des dispositions différentes par leur nature : des stipulations contractuelles, celles qui règlent les intérêts privés des parties et ensuite des stipulations réglementaires, celles qui se réfèrent soit à l'existence soit à l'organisation ou à l'exploitation du service public, comme les mesures, dont le but est la protection de l'intérêt public.

Ces dernières ont un caractère réglementaire. Le tarif à sa place dans cette dernière catégorie, car comme l'affirme M. Josserand, les tarifs sont « des actes de forme et de nature administrative, contractuels à leur origine, ils prennent ensuite corps dans les arrêtés ministériels ou préfectoraux et aussi par l'armature administrative qu'ils revêtent, ils deviennent actes administratifs ¹ ».

En d'autres termes l'illustre jurisconsulte prétend que l'intervention de l'autorité publique influence la nature d'un acte, idée sur laquelle nous reviendrons plus loin, et qui est soutenue par d'autres grands auteurs ².

1. Josserand, *Transports*, n° 223.

2. Sarrut, « Un tarif homologué par le ministre constitue un acte administratif » n° 67 et s..

« L'homologation rend les tarifs obligatoires et leur donne le caractère spécial d'actes administratifs, dit le doyen Lyon-Caen ¹. »

Critique de la conception que le tarif est, à l'égard du public, un acte réglementaire. — En ce qui concerne le bien-fondé de cette doctrine, nous croyons également que le traité de concession n'est pas un simple acte administratif, comme l'interprètent quelques arrêts ² et qu'il est un acte, comme nous l'avons vu ci-dessus, d'une nature plus complexe qu'un simple contrat de droit commun, contenant des dispositions réglementaires et conventionnelles. Mais les seules conditions, qui ont vu l'existence même du service public, sont à caractère administratif.

Tout ce qui touche à la gestion du service public, toutes les clauses qui concernent les intérêts soit du concessionnaire, soit de l'autorité concédante, parce que celle-ci agit aussi en vertu de son intérêt pécuniaire, sont de nature contractuelle, des véritables conventions pareilles à celles que le Code civil, dans son article 1101, définit.

Les cahiers des charges qui contiennent les obligations réciproques des deux parties sont le type d'une convention de droit commun.

La Chambre criminelle du 2 mai 1873 est catégorique dans notre sens.

« Le cahier des charges imposé à une compagnie, loin d'être un règlement d'administration publique, n'est autre chose qu'un contrat intervenu entre l'Etat et cette compagnie et que la violation des obligations conven-

1. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 739.

2. Civ. cass., 15 mai 1912, D. 1915.1.77; Civ. 10 décembre 1919, D. 1920.1.7 et la note 2.

tionnelles qu'il impose n'est pas, dès lors, de nature à être réprimée par des condamnations pénales¹. »

D'ailleurs nous croyons qu'un contrat administratif est un contrat, en tout point assimilable à celui du droit civil².

Quant au tarif, et c'est ici que notre opinion est différente, nous sommes d'avis que sa nature contractuelle est indiscutable.

Du reste, même les auteurs qui s'inspirent du droit public ne nient pas que le tarif soit conventionnel entre le concédant et concessionnaire, mais ils soutiennent qu'il devient à l'égard du grand public un acte de puissance publique, un acte administratif, qui s'impose aux abonnés, sans qu'ils soient consultés, ces derniers n'ont, comme dit M. Josserand, qu'une liberté purement théorique, à cause du monopole que la Compagnie concessionnaire exerce³.

La raison, nous l'avons vu, c'est l'intervention de l'autorité publique, spécialement dans l'hypothèse où elle est exigée et exercée par un acte pour le rendre obligatoire. C'est le cas de l'homologation.

Nous ne pouvons pas souscrire à cette thèse, le tarif est et reste un véritable tableau de prix, il est conventionnel et résulte d'un accord de volonté entre l'autorité concédante et le concessionnaire. La première gère ses affaires, agit en sa qualité de gestionnaire d'un service public. Son grand souci est de se procurer les ressources nécessaires à son fonctionnement et non, comme le

1. Cass. crim., 2 mai 1873, S. 1873.1.342.

2. Voir la comparaison faite de M. Hauriou entre les contrats administratifs, marche de fourniture avec la vente ou louage d'ouvrage, *Précis droit administratif*, 9^e éd., p. 905.

3. Josserand, *op. cit.* n° 214.

soutient l'opinion adverse, ce désir de protéger les intérêts des citoyens contre une éventuelle exploitation.

Et d'ailleurs souvent le tarif d'une Compagnie est trop onéreux et les usagers par un accord amiable avec le concessionnaire peuvent obtenir, sauf dans la matière de chemin de fer, une diminution de prix, — ce qui montre de manière assez évidente que le prix est l'œuvre du consentement.

Quant à la prétention que la nature d'un acte est déterminée par un autre acte qui vient postérieurement l'approuver, elle n'est ni juridique, ni logique.

Ce sont deux actes distincts dans leurs caractères et dans leurs effets, qui viennent se compléter, mais qui sont bien loin de se confondre ¹.

Le but de l'homologation est la protection de certains intérêts privés ou de l'ordre public lui-même. Dans la matière du tarif, elle intervient pour fortifier et satisfaire les intérêts purement particuliers du concessionnaire.

Elle intervient, dans le domaine du droit privé, dans de nombreuses matières. Donc elle n'est pas de l'exclusivité du droit public.

Ainsi en matière d'adoption, l'art. 362 (loi 19 juin 1923) dit : L'acte d'adoption doit être homologué par le tribunal civil du domicile de l'adoptant. »

Les délibérations du conseil de famille, exigent également pour les décisions plus importantes l'homologation du tribunal.

Le partage aussi doit être homologué, les actes notariés, etc. ². L'homologation consiste dans l'approbation de

1. Dereux, *op. cit.*, p. 66 et 67.

2. Voir le cas énuméré par M. Apostoleanu dans sa thèse, *Théorie de l'homologation en droit privé français*, Paris, 1924, p. 91.

l'acte, et à cela se réduit tout son effet. Si l'acte approuvé par exemple est illicite, l'acte d'homologation n'a pas le don de le rendre valable et légal.

C'est le point de vue de la jurisprudence. La Cour de cassation¹, dans l'hypothèse d'une transaction entachée d'un vice de nullité, répond :

« L'homologation de la transaction n'a pas effacé le vice dont elle était entachée et le jugement qui n'a statué sur aucun litige n'était pas de nature à acquérir l'autorité de la chose jugée, les transactions... peuvent être annulées... »

Alors si les choses se passent ainsi dans le droit civil, il n'y a pas de raison qu'il en soit autrement dans le cas où l'homologation est exercée par l'autorité administrative. Le tarif, œuvre du concessionnaire et du contractant, véritable convention de droit commun, garde sa nature et ses caractères originaux à l'égard de tout le monde et pour toujours.

b) *Droit privé.* — Passons à la deuxième conception doctrinale, qui cherche à justifier l'effet obligatoire d'un relèvement de tarif à l'égard des usagers.

Ceux qui admettent que le tarif est de nature conventionnelle et qu'il est régi par les dispositions des articles 1134 et 1165 C. c. cherchent à motiver juridiquement sa force obligatoire dans le cas d'une augmentation, en cherchant la solution du côté du droit privé. Et ils arrivent à expliquer cette atteinte à la règle que les conventions ont un effet relatif, d'abord par l'inter-

1. *Gaz. Pal.*, 1922.1.568.

prétation large de l'art. 1121, donc par l'institution appelée stipulation pour autrui.

La ville, en traitant avec une compagnie la concession d'un service public, est censée avoir stipulé dans l'intérêt général de la population les modalités convenables dans lesquelles leur sera assurée la fourniture du service public, la manière dont leurs intérêts seront satisfaits. Donc elle a la qualité juridique de « stipulant ». Le concessionnaire s'engage par le dit contrat à respecter les clauses stipulées, il est promettant tandis que le public, les futurs abonnés, sont les tiers bénéficiaires de cette opération intervenue.

C'est une conception qui paraît se faire jour dans un arrêt de la jurisprudence belge¹, qui remonte à une date assez lointaine, à l'occasion de savoir si une ville concédante (en espèce la ville de Mons) avait la qualité de faire reconnaître en justice, à l'encontre de son traitant (il s'agissait de la société au nom collectif Wéry, et C^{ie}), les droits résultant de la convention de concession, au profit des abonnés.

La Cour statua affirmativement, déclarant également que les abonnés avaient de leur côté, individuellement, le droit d'exiger de l'entrepreneur l'exécution de la stipulation faite à leur profit.

Par les termes très clairs qu'elle emploie, « stipulation », « droits respectifs du stipulant et du tiers bénéficiaire », il est clair que la jurisprudence a fait une application de la stipulation pour autrui.

La ville avait le droit de contraindre le concédant à exécuter ses obligations, en vertu de la convention qui en l'espèce avait le caractère d'une vente. Tandis que cette prérogative découlait pour les abonnés du droit direct

1. Cass. Belgique, 21 juillet 1888.589.4.9.

de créance que, d'après la plus moderne et la plus logique théorie doctrinale, une stipulation fait maître ¹.

Et du reste, cette opinion a été récemment approuvée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 29 octobre 1926 ². En l'espèce, il s'agissait de savoir si un habitant, même non abonné, était recevable à attaquer par un recours une délibération du conseil municipal lui refusant « le bénéfice de l'installation gratuite de l'éclairage, prévue au contrat de concession ».

Le Conseil d'Etat se déclare expressément en faveur du requérant et nous reproduisons les motifs juridiques de son droit ³.

« Considérant que le droit invoqué était fondé sur une stipulation au profit du public, que la ville et son concessionnaire avaient en traitant, édictée de commun accord dans les contrats de concession, en faveur de ceux qui pourraient dans la suite être appelés à bénéficier de la distribution. »

Ce dernier arrêt présente une certaine importance en dehors du fait qu'il proclame explicitement que la nature juridique d'une concession est une stipulation pour autrui : a) Par l'élargissement qu'il donne au sens de « tiers bénéficiaire ». Dans notre cas le bénéficiaire est un simple habitant de la municipalité, sans que l'on tienne compte s'il est abonné ou non. b) Et ensuite par la confirmation de l'idée que la stipulation pour autrui ne peut être cantonnée dans la sphère du droit privé ³.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 328.

2. Conseil d'Etat, 29 octobre 1926; D. 1928.3.4 et la note; voir contre-note de Waline sous Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, D. 1928.3.41.

3. V. Jossierand : « Il n'y a pas de raison décisive pour limiter la stipulation pour autrui, au domaine du droit privé, » *Transports intérieurs*, 1926, n° 383 et s.

Car le Conseil d'Etat, par la reconnaissance de la compétence du Conseil de préfecture dans le litige en cause, s'est implicitement prononcé sur son caractère administratif.

La nouvelle conception d'une stipulation offerte au grand public a été d'ailleurs adoptée par de très distingués auteurs et professeurs de droit, M. Labbé¹, M. Josserand² et M. Lambert dans sa célèbre thèse de doctorat³.

Cette théorie donne l'impression d'une juste interprétation de l'art. 1121, et elle est, paraît-il, capable d'écarter toutes les critiques qu'on pourrait lui adresser.

Ainsi, sur le point de savoir si une stipulation faite au profit des personnes indéterminées et futures est valable, la question est définitivement tranchée aujourd'hui, autant qu'il existe un moyen objectif pour leur détermination future.

Quant à l'intérêt en jeu du stipulant, car d'après l'art. 1121 il peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition que l'on fait pour soi-même, la jurisprudence et certains auteurs pensent que cette notion est très élastique. Il s'agit non seulement d'un intérêt matériel pécuniaire, mais même d'un intérêt moral⁴. L'autorité concédante a une satisfaction du moment que les citoyens sont mis à l'abri d'une éventuelle exploitation de la part du concessionnaire ; chose qui était possible à cause du monopole de ce dernier.

1. Labbé, note sous Cass. Belgique, 21 juillet 1888. S. 18.89.4.9.

2. Josserand, *op. cit.*, 1926, n° 383, p. 367.

3. Lambert, *Stipulation pour autrui*, thèse, Paris, 1893, p. 322, 323 et s.

4. Cass., 16 janvier 1888, S. 1888.1.121 ; Lambert, *op. cit.* ; André Chabellan, *L'intérêt moral et les stipulations pour autrui*, thèse Paris, 1919, p. 50, 198 et s. ; voir les notes (1, 2 et 3 ; Cons. d'Etat, 24 janvier 1896, D. 97.3.9.

Mais la suffisance de ce seul intérêt moral est contredite par un arrêt postérieur en date du 24 janvier 1896¹, qui repousse comme sans qualité l'intervention de la commune et son droit de se substituer à chacun des intéressés, puis personnellement, de sauvegarder ses droits à l'égard du concessionnaire, de réclamer à la compagnie le remboursement aux abonnés des sommes qu'ils auraient indûment versées, comme ne justifiant d'aucun préjudice de nature.

Mais on peut opposer une objection sérieuse à la doctrine exposée, c'est que rien ne prouve que l'autorité concédante ait été poussée à agir par le désir de favoriser le public.

Premièrement, quand elle traite, elle a surtout le souci d'obtenir une plus grande rémunération de la concession faite, et le tarif sera déterminé d'après le prix que le concessionnaire lui paye.

Si les tiers, les abonnés, se trouvent par contre-coup favorisés, c'est autre chose. Il y a un effet involontaire, et non une stipulation pour autrui, car, il ne faut pas conclure que toute clause d'un contrat susceptible de procurer des avantages à un tiers, fasse naître au profit de celui-ci une action directe, dans le cas où cela n'a pas été l'intention des parties².

Mais si on admet que les conditions d'une stipulation pour autrui se trouvent réunies, que le concédant et concessionnaire ont eu l'intention de stipuler au profit du public, que l'intérêt du stipulant et du bénéficiaire est réel, l'augmentation d'un tarif et son effet obligatoire à l'égard du public se trouvent-ils justifiés par cet intérêt ?

1. D. 97.39.

2. Cass. req., 20 décembre 1892, S. 1901.1.270.

Nous estimons que non. Comme nous l'avons vu d'après la nouvelle interprétation jurisprudentielle, le tiers bénéficiaire est tout individu qui aurait besoin du service concédé. L'abonné est le bénéficiaire qui a accepté¹, et le fait de son acceptation a des conséquences importantes sur le droit du stipulant. Il perd le droit de révoquer l'attribution de la stipulation au bénéficiaire. Donc, pour le bénéficiaire, son droit est consolidé, tandis que pour le stipulant, il y a une perte, une diminution de son droit.

Contrat d'adhésion. — Ensuite, on cherche la justification dans une institution neuve, inconnue du Code civil et dont l'apparition dans la doctrine et dans la jurisprudence est due à la nécessité découlant du progrès économique moderne. C'est le contrat d'adhésion, dont le nom lui fut attribué par Saleilles².

Il consiste dans une offre faite par une partie au public et dans une acceptation aux conditions telles qu'elles se trouvent insérées dans les cahiers des charges, donc, une convention réalisée par la simple adhésion d'une personne à une offre dont elle n'a pas à discuter les termes³.

C'est exactement, soutient-on, le cas d'un contrat d'abonnement à un service public, contrat conclu entre le concessionnaire et un simple particulier, pour lui fournir le gaz, l'eau, l'électricité ; la situation d'un abonné au téléphone ou d'un voyageur en chemin de fer.

Le particulier, quand il vient traiter, n'a qu'à accepter les conditions qu'on lui impose, son rôle se réduit à une

1. Capitant et Colin, *op. cit.*, t. II, p. 329.

2. Saleilles, *Déclaration de la volonté*, p. 229.

3. Dereux, *Revue trim. droit civil*, 1910, p. 504.

simple acceptation. Il est naturellement libre de contracter, mais cette liberté est imaginaire, « théorique », comme dit M. le professeur Josserand, à cause du monopole exercé dans de pareilles hypothèses par la compagnie concessionnaire ¹.

Il est contraint de convenir et d'admettre l'application des conditions, à l'élaboration desquelles il est resté étranger.

Ainsi la convention faite par l'usager se réfère au traité de concession, à ses stipulations et c'est de lui qu'elle tire sa vie et sa force. Elle n'est qu'une dépendance de ce contrat administratif, qui est le traité de concession.

Et conformément au brocard latin bien connu, *Accessorium sequitur suum principale*, il s'ensuit que les changements apportés dans les clauses du cahier des charges ont une répercussion directe et immédiate sur la police d'abonnement.

C'est de cette manière qu'on peut expliquer l'effet de l'augmentation d'un tarif et son opposabilité à l'égard des abonnés antérieurs, car la fixation du prix pour la fourniture du service public, qui d'ailleurs est un élément essentiel de tout contrat, n'a pas été l'œuvre d'une discussion libre et manifeste ; il a été accepté en se référant au taux du tarif, établi par l'autorité concédante et le concessionnaire, et de nature modifiable.

Dès lors, tous les changements de ce dernier s'imposent à l'usager, ce dernier étant censé avoir d'avance et implicitement consenti aux modifications apportées.

Le contrat d'adhésion paraît être un moyen d'explica-

1. Josserand, *op. cit.*, n° 213-214.

tion bien choisi et défendable, dans la matière qui nous occupe.

Certains arrêts approuvent cette opinion, d'une manière directe.

La Cour de Paris ¹, dans l'affaire Choiseau C., Société d'éclairage, chauffage et force motrice, sur la question de savoir si les stipulations d'un avenant régulièrement approuvé par l'autorité préfectorale et publié par voie d'offiches ont effet vis-à-vis des abonnés qui ont souscrit des polices d'abonnement antérieurement à la signature de l'avenant, se prononça pour l'affirmative en invoquant les considérants suivants :

« La clause d'une police d'abonnement d'éclairage au gaz, fixant le prix de la fourniture à l'abonné, ne peut être isolée d'une autre clause : que la société concessionnaire de l'éclairage par le gaz, signataire de la police, est tenue de fournir le gaz dans les conditions du cahier des charges. »

La police d'abonnement est dominée par cette obligation impérative de fournir le gaz dans les conditions du cahier des charges et que le prix n'est fixé au taux de (en l'espèce de 0 fr. 16 le m³), qu'autant que le cahier « qui lie la commune concédante et la société concessionnaire maintient lui-même ses prix ¹. »

La Chambre civile également se déclare pour cette interprétation que le contrat, entre l'usager et le concessionnaire, est un contrat d'adhésion.

C'est manifestement le terme d'adhésion qu'elle emploie dans sa décision du 20 février 1923, se référant aux rapports juridiques des simples habitants d'une com-

¹. Paris, 15 mai 1919, S. 192.II.93.

mune concédante, — particuliers non abonnés, avec le concessionnaire du service public, — en l'espèce la compagnie de distribution d'un courant électrique.

« Les stipulations d'un traité, dit-elle, passé entre une commune et un concessionnaire, ne lient point les particuliers ¹. »

« La société ne peut exiger l'exécution d'une clause que son marché l'autorise à imposer aux usagers de l'électricité qu'à la condition de justifier l'adhésion de l'intéressé, laquelle ne saurait résulter que de la signature d'une police d'abonnement se référant au traité, ou de toute autre manifestation d'une acceptation. »

C'est toujours l'idée que la convention du particulier et du concessionnaire, véritable contrat synallagmatique, n'a pas une vie propre, c'est un accessoire, une dépendance du cahier des charges et il doit être interprété au moyen du cahier des charges ².

Et ce dernier peut imposer certaines modifications aux conventions que la police d'abonnement contient ³.

Mais la preuve évidente de la conception jurisprudentielle favorable à cette opinion eest fournie, comme nous l'avons vu, par la décision générale de la jurisprudence, que le relèvement de tarif produit effet contre les abonnés antérieurs, seulement quand leur contrat se rattache directement ou indirectement aux conditions du cahier des charges, donc dans la seule hypothèse où l'adhésion peut être soutenue ; mais, par contre, dans les cas où rien ne prouve cette référence, spécialement quand l'abonné

1. Civ., 20 février 1923, D. 1926.1.43.

2. Trib. de Vannes, 29 octobre 1924, *Revue des concessions*, 1925, p. 194.

3. Trib. de Brest, 29 janvier 1927, *Revue des concessions*, 1927, p. 111.

a convenu à des conditions différentes, il n'a à subir aucune modification sans que sa volonté soit consultée.

Les cas où la jurisprudence a fait connaître son point de vue sont très nombreux, nous en citerons et insistons sur quelques-uns, à titre énonciatif, car l'idée qui se dégage c'est que, pour une police d'abonnement qui contient des clauses spéciales et prévoit un tarif réduit, l'augmentation des tarifs qui survient au cours de la police, le dépassement des tarifs prévus sont sans effet à l'égard des titulaires des polices ci-énoncées.

Dans la première hypothèse, où l'abonné a obtenu de la part du concessionnaire, non pas le tarif maximum, mais un tarif inférieur, la jurisprudence ¹ confirme l'efficacité de cette exception à la règle générale, que les conventions intervenues entre les particuliers et les compagnies concessionnaires d'un service public sont sous la dépendance des cahiers des charges ².

C'est la loi du contrat qui s'oppose à ce que les conventions particulières soient méconnues par un avenant qui modifie le tarif.

Ainsi devant le tribunal de Saint-Etienne s'est présentée l'espèce suivante :

La Ville de Saint-Etienne avait concédé à la Compagnie électrique de la Loire et du Centre, la distribution de l'énergie électrique. Cette compagnie consentit à la

1. Cass. req., 15 avril 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.2.101, Cass. 13 juillet 1926, *Revue des conces.*, 1925, p. 290; Cass., 13 juillet 1925, *Gaz. Pal.*, 13 oct. 1925.

2. Comp. l'Union des Gaz, Société anonyme industrielle Rose, *Mon. jud. Lyon*, 8 septembre 1922; Cour Lyon, 31 janvier 1924, *Monit. jud. Lyon*, 15 juillet 1924; Cour Lyon, 22 juin 1922, *Monit. jud. Lyon*, 11 décembre 1922; Cour de Cass., 19 janvier 1920 et 4 mai 1921, S. 1922.1.65, *Gaz. Pal.*, 1921.2.321, D. 1922.1.41 avec la note de M. Mestre et les renvois; Cour de Cass., 20 février 1923, S. 1923.1.195, 15 avril 1924, *Rev. des som.*, n° 2737, Rap.; Cass., 23 février 1923, *Recueil. de la Gaz. des Trib.*, 1923.1.110.

Société des Laminoirs et Aciéries du Vieux-Marais, un contrat d'abonnement relatif à la fourniture d'énergie électrique pour une période de dix ans.

Postérieurement le pouvoir concédant accepta et approuva la demande de la Compagnie concessionnaire, concernant le relèvement du tarif. La Compagnie électrique prétendit modifier les clauses du contrat passé avec la Société des Laminoirs qui d'ailleurs refusa à se soumettre à cette prétention. D'où procès, qui vint devant le tribunal de Saint-Etienne, dont le jugement, prononcé le 20 janvier 1927², rejeta la prétention de la compagnie concessionnaire, selon les considérants suivants :

« Cet acte administratif, l'avenant, n'a pas eu pour objet d'abroger la disposition de l'art. 18 du cahier des charges au préjudice de droits acquis en vertu de conventions valables, que du reste la ville de Saint-Etienne eût-elle l'intention de modifier les contrats particuliers dont il s'agit, ne l'aurait pas fait légalement, un avenant municipal ne pouvant valablement apporter des modifications aux accords particuliers résservés d'une façon formelle par le cahier des charges.

» La Société des Laminoirs est donc en droit d'invoquer son contrat particulier.

» La Compagnie électrique est mal venue aujourd'hui, cette prétention est manifestement contraire à l'équité et au principe d'après lequel « les conventions sont la loi des parties qui les ont faites. »

Postérieurement la Cour d'appel de Paris se prononça aussi pour l'application de la règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont

1. *Revue des concessions*, 1928, p. 80.

faites. Statuant sur la force légale d'une police qui présentait une dérogation aux stipulations du cahier des charges, « cette dérogation, dit-elle, s'impose » ¹.

Egalement si, dans la convention que le concessionnaire passe avec un particulier, il n'y a pas une référence au cahier des charges, ou si les parties n'ont pas eu en vue les conditions du traité de concession, il résulte qu'ils n'ont pas voulu se soumettre au régime de variabilité inhérent à la concession, la jurisprudence considère que la force obligatoire du tarif est limitée par cette volonté des particuliers ².

Mais comme cette interprétation aurait été de nature à annihiler tout effet du tarif à l'égard des usagers, car dans la majorité des cas, les polices et contrats d'abonnements ne contiennent aucune référence au cahier des charges, on a conclu postérieurement que cette référence résulte de cette circonstance, qu'aucune dérogation au tarif maximum n'a été constituée et que la police, qui est une police-type, s'intitulant « contrat d'abonnement », se réfère d'une façon suffisamment claire au contrat de concession et au cahier des charges qui en établit les modalités ³.

Voilà donc le fondement de ce système du contrat d'adhésion, que nous présente cette opinion nouvelle, assez critiquable, d'ailleurs.

Mais cette conception, « contrat d'adhésion », est également critiquable pour les considérations suivantes :

1. Cour de Paris, 9 janvier 1930, *Revue des conces.*, 1930, p. 74.

2. Cass, req., 19 juin et 19 juillet 1920, S. 1922.1.65, D. 1922.1.212.

3. *Rev. des conces.*, 1925, p. 299; Trib. Vannes, 29 octobre 1924, *Rev. des conces.*, 1925, p. 194; Trib. Lyon, 6 mai 1921 et Cour de Lyon, 25 juin 1921, *Rev. des conces.*, 1922, p. 129; Trib. Villefranche, 11 mai 1921, *Rev. des conces.*, 1921, p. 240; Trib. de Beaune, 2 décembre 1920, *Rev. des conces.*, 1921, p. 233.

a) D'abord en ce qui concerne la nature spéciale du contrat d'adhésion, on soutient que c'est un acte qui n'a de contractuel, comme dit M. Saleilles, que le nom. « Notre avis est que c'est un acte, émanation d'une seule partie, produit de la volonté de l'offrant, un véritable acte unilatéral. »

Et par l'acceptation rien ne sera changé. L'acte conservera sa nature, il ne deviendra pas un contrat.

C'est une disposition exceptionnelle, dérogatoire au droit commun et conforme à un principe assez connu ; il faut l'interpréter strictement, surtout dans l'hypothèse où son admission ne protège pas les intérêts du grand public, qui garde dans la plupart des cas un rôle secondaire et passif, et, d'ailleurs, il suffit de remarquer l'inégalité des parties en cause, spécialement dans le cas d'une convention collective de travail, considérée comme le type des contrats d'adhésion.

Ici l'impuissance, la pauvreté, la faiblesse de l'ouvrier fait contraste avec la toute-puissance du patron qui, souvent, est une société riche, qui impose sa volonté aux ouvriers. L'une des parties est en présence de conditions rédigées par l'autre, d'une formule que la partie la plus faible, économiquement, est contrainte, par des circonstances altérant sa volonté d'accepter.

C'est par cette inégalité des situations, par la nécessité de contracter, qu'on est arrivé à déduire que le contrat d'abonnement est un acte d'adhésion, parce que pour jouir de la fourniture du service public, nous sommes forcés de nous adresser au concessionnaire et de subir un régime à l'élaboration duquel nous n'avons pas participé.

Cette assimilation de situations, cette identité de cas ne sont qu'apparentes.

D'abord le monopole dont jouissent les compagnies est complètement annihilé par l'intervention de l'autorité concédante, imposant un maximum de tarif. Cette intervention a une double portée. D'abord, elle constitue une sérieuse protection pour les particuliers entrant en rapport avec le concessionnaire, qui, ainsi, ne saurait les exploiter.

Et, ensuite, elle supprime la liberté du concessionnaire ; il est obligé de se mouvoir dans certaines limites, dans les cadres du cahier des charges qu'on lui a consenti. L'autonomie de sa volonté est limitée¹ par les obligations auxquelles il a consenti.

b) Et ensuite le fait que l'abonné peut obtenir et que le concessionnaire peut lui fournir des conditions plus favorables que celles qui résultent du prix maximum stipulé au traité de concession est la preuve la plus sérieuse et la plus manifeste qu'une véritable convention, débattue librement d'un côté, comme de l'autre, a eu lieu.

D'ailleurs nous n'avons qu'à nous référer, et nous y viendrons plus loin, à la doctrine jurisprudentielle qui nous enseigne que la police d'abonnement est un contrat civil et n'a donc rien de commun avec l'acte d'adhésion, acte de volonté unilatéral.

c) Et ensuite, en admettant par impossible que le contrat d'adhésion soit un contrat régi par les dispositions de l'article 1134 du C. c., que la police d'abonnement entre dans cette catégorie de conventions, il est enfantin de soutenir que l'abonné, en signant sa police d'abonnement, a en même temps accepté de se conformer à toutes les modifications qui seraient apportées postérieure-

1. Trib. civ. de Béziers, 24 juin 1932, *Rev. des conces.*, 1933, p. 77.

ment aux dispositions du cahier des charges, recte, au prix de fourniture.

Pourquoi ne pas admettre l'hypothèse normale et logique, si véritablement le contrat d'abonnement est dominé par le cahier des charges, que l'usager a consenti à adhérer, à accepter le prix qui se trouvait fixé à cette époque. Et, du reste, la sécurité des relations est un grand obstacle à cette analyse fantaisiste de la volonté du simple particulier.

Pour conclure, nous voulons prouver que la situation juridique de l'abonné à l'égard du concessionnaire est régie par les dispositions du droit commun, par les art. 1134 et 1165 et que, entre lui et ce dernier, à l'égard des engagements pris, tout doit se passer d'après les dispositions contenues dans la police d'abonnement.

c) Conclusion.

La police intervenue entre l'abonné et la compagnie concessionnaire ayant établi des obligations réciproques entre les deux parties, est un contrat de droit civil, un contrat synallagmatique. De cette nature juridique découlent plusieurs conséquences :

1° Elle est régie par les principes généraux du droit civil, spécialement par l'application des art. 1134 et 1165;

2° Son interprétation appartient à l'autorité judiciaire¹ ;

3° C'est à la juridiction de droit commun qu'il appartient de statuer sur les différends pouvant naître entre

1. Civ. req., 16 décembre 1878, D. 79.1.119; Conseil d'Etat, 30 janvier 1868, D.P.69.3.19 et la note; Conseil d'Etat, 15 février 1884, D. P. 1885.3.95.

les contractants ¹, sur la nullité ou la validité de la police elle-même, même dans l'hypothèse où l'autorité concédante est mise en cause solidairement avec le concessionnaire.

C'est le cas qu'a illustré le Conseil de préfecture de Versailles, dans une espèce concernant la compétence :

« La circonstance que l'abonné assigne la Ville de Pontoise, solidairement avec la société concessionnaire, ne peut mettre en échec les principes de compétence qui viennent d'être rappelés, qu'on ne saurait en effet reconnaître à un abonné la faculté de tourner la règle de la compétence *ratione materiæ*, laquelle est d'ordre public ² » ;

4° Par l'application du grand principe que le contrat fait la loi des parties, toutes les clauses et dispositions de la police d'abonnement ont une force obligatoire ³, même si ces stipulations constituent une dérogation au cahier des charges.

Notamment la clause attributive de juridiction pour les litiges qui naîtront dans l'avenir, clause contenue dans une police individuelle, doit être appliquée, encore que d'après le cahier des charges, il en était autrement décidé.

Ainsi la Cour de cassation a statué que la clause de la

1. Cass., 10 décembre 1919, *Gaz. Pal.*, 1920.1.31; Paris, 31 mars 1920 Cass., 26 novembre, 1924. *Gaz. Pal.*, 1920.2.469; Cour de Cass., 29 novembre 1924, D. H. 1924, p. 713, Cass. 26 nov. 1924, *Revue de conces.*, 1925, p. 159.

2. Cons. de pr. inter. de Versailles, 25 avril 1927, *Rec. de conces.*, 1929, p. 77.

3. Cour de Paris, 9 janvier 1930, arrêt cité. Voir les arrêts cités dans les hypothèses où les parties ont établi des conditions différentes à celles que contient le traité de concession dans son cahier des charges. Voir la jurisprudence plus ancienne, Com. 29 octobre 1901, S. 1905.1.27; Conseil d'Etat, 15 juin 1868, *Rec. du Cons. d'Etat*, 1868, p. 77; Cons. d'Etat, 3 mars 1893, D. 94.3. Conseil d'Etat, 19 mars 1875, D. 75.3.107, *Rec. des arrêts du Conseil d'Etat*, 1888, p. 735.

police d'une distribution d'énergie électrique, accordant la compétence des conflits qui pourront subvenir entre le concessionnaire et les abonnés au tribunal de la Seine, ne peut être mise en échec par le fait que dans le cahier des charges, c'était le tribunal de Pontoise qui était compétent du fait de l'élection de domicile que le concessionnaire avait faite dans le district mentionné.

Cet exposé peut se résumer en deux propositions :

a) Que la convention d'abonnement oblige les parties contractantes, qu'en d'autres termes, elle forme la loi de ceux qui l'ont faite ;

b) Que l'autorité administrative est incompétente pour régler les difficultés¹, la conclusion qui s'impose d'elle-même, c'est que le contrat d'abonnement est, non seulement un contrat de droit civil, mais un contrat indépendant qui a sa vie propre, et ses manifestations juridiques libres.

Et alors, si l'abonnement est une des conventions prévues et réglées par l'art. 1134, comment peut-on admettre qu'elle sera bouleversée par une autre convention, l'œuvre d'autres personnes ?

Les explications fournies par les diverses théories que nous venons d'exposer nous paraissent insuffisantes et même parfois fantaisistes.

La justification de l'effet du tarif relevé sur les abonnements anciens ne peut être fournie ni par le droit privé, ni par le droit public, car d'après le droit civil, une convention ne peut profiter ni nuire à un tiers, c'est le texte catégorique de l'art. 1165 et ensuite, d'après le droit

1. Cour de cass. 10 février 1932, D. H. 1932, p. 177, *Gaz. trib.* 8-9 mai 1932, *Revue de conc.* 1932 p. 47.

public également, aucun texte, aucun principe ne permet la méconnaissance des situations juridiques établies, des droits acquis.

Même ceux qui sont convaincus que le tarif a force de loi, qu'il est une disposition intéressant l'ordre public, ont tort de soutenir que sa modification doit être subie par les usagers, car comme nous l'avons dit plus haut, c'est un grand principe, une règle de bon sens, que le législateur, par respect des droits acquis, par souci d'établir la sécurité désirée et si nécessaire dans la vie juridique, a mis dans l'art. 2 du Code civil, qui s'exprime de la façon suivante : « La loi dispose pour l'avenir et non pour le passé. »

C'est le principe de non-rétroactivité, qui donne un démenti catégorique, même à la théorie, d'ailleurs insoutenable, que le tarif est une loi.

Et alors, si les principes de base du droit, si l'analyse sainement et logiquement interprétée se refusent à soutenir et à motiver la décision jurisprudentielle, il ne reste alors qu'une seule explication acceptable du renversement des principes juridiques comme *Res inter alios acta*, la loi du contrat, règle de non-rétroactivité, et de la sécurité des conventions. C'est l'irrésistible demande de la nécessité, d'autant plus qu'il s'agissait dans l'espèce à la fois de l'intérêt privé et de l'intérêt public.

L'EFFET QUE PEUT PRODUIRE L'AUGMENTATION DU TARIF DE TRANSPORT, A L'ÉGARD DES VOYAGEURS MUNIS D'UNE CARTE D'ABONNEMENT.

Le même problème juridique se présente dans un domaine différent : celui des transports.

Supposons un porteur de billet de transport par chemin de fer ou par métropolitain, spécialement une personne possédant un carnet de tickets à lui délivré. Après quelque temps, et après qu'il s'est servi de plusieurs tickets, sans les avoir épuisés, la Compagnie de transport, en obtenant l'autorisation du concédant — en l'espèce l'Etat ou la commune — vient à augmenter le prix de transport, le prix du billet. Est-ce que notre porteur de tickets est obligé de se soumettre au tarif actuel, ou doit-il respecter seulement le tarif en vigueur à la date où il les a achetés ?

Le particulier possesseur d'un de ces billets est-il ou non obligé de payer le supplément qui résulte de la différence de ces deux tarifs ?

Dès à présent, à notre avis, la réponse — en pure théorie — doit être négative, pour les mêmes raisons :

a) Droits acquis ; b) Autonomie de la volonté.

Mais, sans insister davantage, nous voulons d'abord retracer les faits, pour mieux saisir le problème de droit, la solution jurisprudentielle et sa solidité logique.

Le nommé Caillot, possesseur d'un carnet de tickets du métropolitain, au prix de 0 fr. 30 le ticket, se présente, le 11 octobre 1924, à l'un des portillons de la station Réaumur-Sébastopol, date où le prix du billet s'est trouvé augmenté de 0 fr. 05, par un tarif homologué par un arrêté du préfet de la Seine le 9 janvier et publié au *Bulletin officiel municipal* du 10 janvier et affiché le même jour dans les stations et les wagons du réseau.

Le contrôleur, en lui prenant son billet, lui rappelle cette disposition en l'invitant à se munir d'un billet vert de 0 fr. 05 qui représentait le supplément dû.

Caillot conteste le bien-fondé de ce droit de la Compagnie de transport, de l'obliger à verser une certaine

somme. Il demande soit le remboursement du billet, soit que la Compagnie le considère comme valable et permette à Caillot d'effectuer son voyage. Et devant le tribunal de la Seine, comme devant la Cour d'appel de Paris, il invoque, à l'appui de sa défense, comme raison de droit, la violation du contrat de transport qui était parfait entre lui et la Compagnie, à l'occasion de la délivrance du ticket refusé au contrôle.

La Cour d'appel répond aux objections présentées par Caillot :

« Considérant qu'à quel que point de vue que Caillot entende se placer, il convient d'observer que la Compagnie n'a fait, en la circonstance, par l'organe de ses préposés, qu'user d'un droit dont elle ne pouvait pas se dépouiller comme étant une disposition qui touche à l'ordre public, le tarif dont elle excipe ayant reçu l'approbation de l'autorité compétente et ainsi pris la force d'un règlement public.

» Considérant qu'en délivrant à ses usagers, au tarif du moment, des carnets de tickets, la Compagnie ne fait qu'user d'une faculté que, sur les réclamations du public, elle sollicita et obtint du Préfet de la Seine, le 2 octobre 1900.

» Qu'en autorisant cette création, celui-ci spécifia qu'en aucun cas la Compagnie n'aurait à rembourser les tickets non utilisés.

» Que l'on ne saurait voir dans la délivrance de ces tickets, d'ailleurs cessibles, rien de plus qu'une mesure d'ordre intérieur, fournissant la constatation du paiement fait d'avance du prix non garanti immuable...

» Considérant, en définitive, que la Compagnie du Métropolitain, comme toute autre Compagnie de chemin de

fer, ne saurait, sans violer l'égalité du prix de ses transports entre les voyageurs de même classe et de même catégorie et sans porter l'atteinte la plus sérieuse aux actes émanés de l'autorité publique, donner l'accès de ses voitures à des porteurs de tickets mentionnant un tarif permis et inférieur au tarif en vigueur au moment du transport¹. »

1° En résumé, le litige consiste, en ce qui concerne le transporteur, à savoir s'il a un droit d'ordre public à relever le prix du transport, évidemment après avoir obtenu le consentement de l'autorité concédante, et si ce droit s'impose, par sa structure juridique, *erga omnes*. C'est la conception qu'un tarif est de nature réglementaire, a le caractère d'une loi, et notamment pour le transport, d'une loi d'ordre public, d'autant plus que l'acheteur d'un billet ou le possesseur d'une carte d'abonnement n'avait obtenu aucun droit acquis.

2° D'autre part, le voyageur, au contraire, soutient que l'achat des billets est un véritable contrat de transport et qu'en conséquence, des changements ne peuvent être apportés sans son consentement, autrement que ces modifications sont illégales et portent atteinte à la loi du contrat, à la lettre et à l'esprit des art. 1134 et 1165. Donc la solution donnée par la Cour de Paris peut être considérée comme légale ou non légale, d'après que l'achat du billet constitue ou non un contrat de transport, un engagement pris par la Compagnie de transporter le voyageur pour le prix versé à l'acquisition du billet. Commençons à examiner la nature juridique de cette opération d'achat d'un ticket, et cette nature nous donnera la

1. Cour de Paris du 23 juillet 1931 *Gaz. trib.*, 5-6 février 1932.

solution du problème. Nous avons vu l'opinion que la jurisprudence se fait de la délivrance d'un billet de transport, c'est une mesure, croit-elle, d'ordre intérieur, une mesure profitable à la Compagnie de transport et d'autant plus au voyageur en évitant l'encombrement et la perte de temps. Donc, l'achat d'un carnet, le paiement d'une place de transport d'après elle, n'est pas un contrat de transport.

Le voyageur, soutient-elle, n'acquiert aucun droit concernant le tarif qui est et reste essentiellement variable et, d'autre part, la Compagnie de chemin de fer ne prend non plus aucun engagement ; elle ne perd pas son droit de modifier son tarif, de le mettre d'accord avec les nécessités du service concédé. Voilà la thèse de la Compagnie de transport et sa motivation en droit.

Nous nous inscrivons en faux contre cette conception, car le contrat de transport se forme entre la Compagnie de transport et le voyageur par l'achat du billet et dès l'instant où le billet a été délivré.

Notre affirmation s'appuie sur la logique, sur la doctrine, sur certains textes législatifs et sur la jurisprudence.

Il est plus que naturel qu'un particulier, en achetant un billet, manifeste sa volonté de contracter avec le transporteur et que ce dernier s'oblige à le transporter. Un contrat est intervenu au moment du paiement d'un carnet de tickets, contrat parfait et qui possède tous les éléments nécessaires à sa validité : le consentement, l'objet et la cause.

Par le détachement et par la présentation du billet au contrôle, comme prise en possession de la place, nous sommes dans la phase de l'exécution du contrat déjà existant. C'est un commencement d'exécution.

Notre point de vue est d'ailleurs brillamment exposé et soutenu par des auteurs dont la grande compétence suffit pour le faire accepter. MM. Lyon-Caen et Renault sont tout à fait catégoriques :

« C'est la remise du billet qui forme le contrat de transport entre la Compagnie et le voyageur¹. »

Un autre auteur et professeur distingué, M. Roger², dans son beau livre, intitulé *Des transports*, discute la question du contrat de transport, sa nature et sa formation avec un luxe de considérants et une vaste érudition. Sa conclusion sur la question qui nous intéresse forme un ensemble logique, avec certaines conceptions qui lui sont plus ou moins personnelles. Il croit que, d'une manière générale et dans tous les cas d'entreprise, le contrat de transport est un contrat réel, qui forme par un acte matériel, spécialement par la prise de places.

Mais il en est autrement, il y a une différence dans le cas où un voyageur est muni d'un ticket ou d'une carte d'abonnement. Le contrat prend naissance, dans cette dernière hypothèse, au moment de l'achat et de la délivrance.

« Lorsqu'un voyageur demande et reçoit contre paiement un billet de chemin de fer, il intervient immédiatement entre lui et la Compagnie un contrat par lequel celle-ci s'oblige à le transporter sain et sauf à destination. »

Mais non moins convaincantes sont les dispositions législatives suivantes :

L'art. 4 du tarif général déclare : « Le transport des

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, p. 748, note 1.

2. Roger, *Traité de transport*, t. I, 2^e éd. n° 357, p. 534 et s.

voyageurs est effectué moyennant le paiement préalable du prix de la place. Ce paiement est constaté par la délivrance d'un billet ». Et l'article 46 de la loi du 31 mars 1924, relative à la navigation aérienne, est encore plus explicite :

« Le contrat de transport des passagers doit être constaté « par la délivrance d'un billet ». Et alors, si le billet constate, représente le contrat de transport, c'est que le contrat existe, qu'il a été formé, car on ne peut pas représenter quelque chose qui n'existe pas. »

Le doyen Josserand s'élève contre cette opinion, surtout contre ce dernier considérant, en se basant sur l'interprétation des mêmes textes ¹.

De même, une autre théorie soutient que la délivrance d'une carte d'abonnement ne peut constituer un contrat de transport. Il y aurait plutôt dans cet acte une promesse de la part du transporteur qu'il consentirait aux futurs et probables contrats de transport. Et d'ailleurs dans le cas d'une carte d'abonnement il y aurait une série successive des transports futurs. La carte d'abonnement serait une annexe du cahier des charges et non le titre d'un contrat de transports futurs. La carte d'abonnement serait une transporteur est tenu de garantir la sécurité d'un voyageur depuis la formation jusqu'à l'expiration du contrat.

Pour répondre à cette conception et pour consolider ainsi notre opinion, il suffit de citer quelques arrêts survenus relativement en la matière. Une première décision, prononcée par la Cour de Montpellier, exprime clairement les conséquences qui résultent de la délivrance d'un billet comme de sa structure juridique. Il s'agissait,

1. Josserand, *op. cit.*, n° 795, p. 823, 824.

en l'espèce, du droit à l'indemnité d'une dame Delfieu, nantie d'un billet, et à qui un accident était survenu à l'intérieur d'une gare, sans qu'elle ait pris place dans le wagon. La Compagnie opposa à sa prétention la circonstance qu'elle ne se trouvait pas en cours de transport ; il manquait l'existence d'un contrat. Cela n'a pas été l'avis de la Cour. « C'est en vertu de son billet, dit-elle, qui formait *le titre du contrat de transport*, que le voyageur se trouvait dans l'intérieur de la gare et que par exécution du contrat commun et sur la présentation de ce billet, elle avait pénétré dans la gare.

» Attendu — poursuit-elle — qu'il est de principe que la délivrance d'un billet à un voyageur comporte par elle-même, sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse à cet égard, l'obligation pour la Compagnie de chemins de fer de conduire ce voyageur sain et sauf et que cette obligation dérive du contrat lui-même¹. »

Dans le même sens, mais avec plus de précision, la Cour d'appel de Paris dit : « Le contrat de transport est formé dès l'instant que le billet a été délivré². »

La conclusion à laquelle on arrive facilement, c'est que par l'achat d'un billet, le contrat de transport est conclu ; qu'il produit dès ce moment ses effets, et qu'en cas d'accident la responsabilité du transporteur est engagée, sans tenir compte et même en l'absence de sa faute ; bien sûr une condition est nécessaire, que l'accident soit intervenu à l'occasion de l'exécution de ce contrat dont la forma-

1. Montpellier, 4 décembre 1913, *Bull. ann. des chemins de fer*, 1915.2.85.

2. Cour de Paris, 16 décembre 1915, *Bull. ann. des chemins de fer*, 1916.2.245-247 248 : voir, conf. Paris, 24 décembre 1915, *Bull. ann. des chemins de fer*, 1916.2.247. Cour de Pau, 6 mars 1914, *Full., ann. des chemins de fer* 1915.2.91.

tion et l'existence remontent, comme nous l'avons dit, à la délivrance de son titre, à la délivrance du billet. Et alors, le prix auquel ce contrat a été conclu ne peut être modifié en principe sans l'assentiment du voyageur. La solution contraire est un renversement de la règle *Res inter alios acta*. La jurisprudence l'a donnée, mais ce n'est pas pour la première ni pour la dernière fois.

CHAPITRE VI

LA SITUATION D'UN AYANT CAUSE PARTICULIER A L'EGARD DE L'EFFET ACTIF ET PASSIF D'UNE CONVENTION CONCLUE PAR SON AUTEUR AVEC D'AUTRES PERSONNES.

-
- a) *Une convention nuit et profite à l'ayant-cause à titre particulier, quand le droit et l'obligation qui résultent ont augmenté, amoindri ou transformé le droit auquel, l'ayant cause succède ;* α) Conception doctrinale ; — β) Opinion jurisprudentielle ; — c) Explication légale ; — γ) Conclusion.
 - b) *Quid dans le cas où les effets actifs d'une convention n'ont augmenté, ni transformé le droit transmis ;* — α) En matière d'assurance ; — β) En matière de transport.
 - c) *Effet passif à l'égard d'un ayant cause particulier d'une convention qui est pour lui Res inter alios acta ;* — α) Première période ; — β) Deuxième période.

a) UNE CONVENTION NUIT ET PROFITE A L'AYANT CAUSE A TITRE PARTICULIER QUAND LE DROIT ET L'OBLIGATION QUI EN RÉSULTENT ONT AUGMENTÉ, AMOINDRI OU TRANSFORMÉ LE DROIT AUQUEL L'AYANT CAUSE SUCCÈDE.

Au commencement de notre travail, à l'occasion de l'étude sommaire que nous avons faite de la notion de *tiers*, nous avons insisté sur l'ayant cause à titre particulier, pour voir quelle était sa situation et sa qualité juridique à l'égard d'une convention intervenue entre son auteur et d'autres.

Est-il considéré comme ayant été représenté par le titulaire originaire de son droit, conformément aux termes

vagues et imprécis de l'art. 1122, ou est-il un véritable tiers ? Voilà la question que nous avons essayé alors de résoudre, d'une manière sommaire et théorique.

Nous avons opiné, pour des raisons sérieuses, à notre avis, et sur lesquelles nous ne reviendrons plus, dans le sens de la dernière solution, et nous avons réfuté la conception d'après laquelle l'ayant cause particulier aurait été visé par l'art. 1122.

De l'adoption de cette conception découlent plusieurs conséquences et la plus importante, celle qui nous occupe aujourd'hui, c'est que toute convention, à laquelle l'ayant cause n'a pas participé, doit théoriquement être sans effet à son égard, en d'autres termes ce dernier peut se mettre à l'abri de toute obligation assumée par son auteur et de même il ne peut invoquer les droits que ce dernier aurait acquis d'une tierce personne, conformément à la lettre et à l'esprit de l'art. 1165 qui enseigne que « les conventions ne nuisent et ne profitent pas au tiers ».

Il nous reste à savoir si la jurisprudence, qui a eu souvent l'occasion d'interpréter le cas mentionné, confirme ou infirme notre point de vue.

a) D'une manière générale, on peut répondre dès à présent qu'elle statue que les conventions à la formation desquelles la volonté des ayants cause particuliers n'a pas participé et n'a même pas été sollicitée, produisent, avec quelques exceptions, des effets à leur égard, du moment que ces conventions se réfèrent à l'objet de la transmission faite à l'ayant cause.

La raison des décisions varie d'après les hypothèses sur lesquelles elle intervient et nous discuterons à leur temps, leur validité juridique. Commençons par les cas résolus.

Ainsi en matière de cession de créances, les privilèges et les hypothèques, qui sont des qualités inséparablement liées à la créance cédée, passent en même temps qu'elle et entrent dans le patrimoine juridique de l'ayant cause.

Ces accessoires, dont le but est de garantir efficacement le paiement de la créance, ces avantages qui s'identifient dans une certaine mesure avec l'objet transmis, sont acquis de plein droit par l'ayant cause, même dans le cas où la cession a été effectuée par voie d'endossement¹.

Quand il s'agit d'une vente, spécialement en cas de vente immobilière, la servitude constituée au profit du fond aliéné le suit dans quelles mains qu'il se trouve et l'acquéreur reçoit avec le droit de propriété du bien transmis, *ipso facto* le droit de profiter de cet accessoire, qui est la servitude.

Egalement si l'immeuble aliéné est un fonds asservi, l'acquéreur devient de plein droit obligé de respecter, de donner pleine exécution à la charge imposée².

Cette servitude transmissible activement ou passivement, avec le fonds transféré, passe, telle qu'elle est, avec les modifications concernant son étendue ou la manière d'être exercée, adoptée par l'auteur.

Si, par exemple, un acte de partage d'ascendant, attribuant à une personne un immeuble au profit duquel

1. a) Cass., 21 février 1838, S. 1838.1.208; Alger, 7 mai 1870, S. 71.2.105, D. 71.2.1 en ce qui concerne les privilèges.

b) Ch. req., 10 août 1831, S. 31.1.371; Ch. req., 21 février 1838, S. 38.1.208; Cass., 11 juillet 1839, S. 39.1.939, D. 39.1.41; Metz, 26 janvier 1854, S. 54.2.743, D. 54.2.259; Colmar, 29 mars 1852, S. 1854.2.487; Colmar, 30 décembre 1850, S. 54.2.487; Dijon, 5 août 1858, S. 59.2.50; Alger, 7 mai 1870, arrêt cité; Cass., 10 janvier 1888, S. 91.1.467, D. P. 89.1.297. C'est la jurisprudence relative à la transmission des hypothèques.

2. Voir Cass., 17 mars 1865, D. 66.1.138, voir Bourges, 12 février 1841, D. 42.2.96.

existe une servitude de puisage d'eau sur une propriété voisine, l'oblige à laisser participer au bénéfice de cette servitude les fonds des autres copartageants, cette obligation exige le respect de l'acquéreur, lui est imposable et il doit se conformer à ses dispositions ¹.

Mais en dehors de ces droits réels, car tous ces cas énumérés sont de véritables droits réels, accessoires inhérents et nécessaires à l'usage perpétuel du droit, transmis plus facilement, explicables juridiquement, la jurisprudence va plus loin et se prononce pour l'acquisition de plein droit, des droits personnels, même existant au profit du vendeur et aussi ceux qui sont relatifs à l'immeuble vendu.

Par exemple, l'acheteur d'une maison est recevable à agir par l'action en responsabilité du vendeur contre les architectes et les entrepreneurs ².

Dans l'hypothèse d'une vente mobilière, il a été jugé que les sous-acquéreurs des objets mobiliers ont aussi le droit d'être garantis contre les vices cachés et cette garantie leur offre une action, non seulement contre leur auteur, mais contre le vendeur primitif.

Les raisons de cette décision se trouvent très bien exposées dans les attendus de la Cour de Cassation du 12 nov. 1884, qui dit :

« L'obligation de répondre des vices cachés est inhérente à la vente, et l'action qui a pour but l'exécution de cette obligation est transmise, à titre accessoire, au détenteur de l'objet vendu ³. »

1. Req., 28 juin 1881, D. 82.1.353.

2. Cour de Rennes, 9 avril 1870, D. 72.2.40.

3. Ch. civ., 12 novembre 1884 D. 85.1.357.

On peut conclure que, généralement, en matière de vente, la jurisprudence attribue à l'ayant cause à titre particulier, tous les droits, comme toutes les charges et obligations qui sont de véritables accessoires et qui contribuent à modifier, à restreindre ou à agrandir le droit transmis.

Mais cet attribut d'accessoires, cause principale de la transmission de tous ces droits personnels, comme réels, est une notion mal définie et imprécise pour la jurisprudence et à cause de laquelle elle arrive à se mettre souvent en contradiction avec elle-même.

Elle a statué ainsi que les dommages causés par les travaux publics, à une propriété vendue, ne donne aucun droit à l'acquéreur de se faire indemniser.

L'action ne lui est attribuée que dans la situation où une cession de droits personnels du vendeur a eu lieu ¹.

Voilà donc, comment en espèce, le droit à l'indemnité, résultant d'un fait qui a eu pour résultat la modification du droit transmis et bien qu'inhérent au droit acquis jusqu'à un certain point, est considéré cette fois, comme quelque chose de personnel, de relatif, existant exclusivement en faveur du propriétaire primitif.

Dans un domaine différent de celui de la cession et de la vente, dans le domaine de la transaction, les choses se passent de la même manière.

Les droits découlant d'une transaction, quoique étrangère à l'ayant cause particulier, mais conclue par son auteur, lui profitent, s'ils se rapportent directement à l'objet auquel il a succédé.

1. Conseil d'Etat, 29 janvier 1875, D. 75.3.100; Conseil d'Etat, 17 décembre 1875, D. 76.3.40; voir contre : Riom, 19 mai 1854, D. 57.2.38.

La Cour de Nancy ¹ présente une décision très intéressante et tout à fait particulière par l'interprétation très large sinon fantaisiste qu'elle donne de l'intention des parties contractantes. Rappelons les faits :

Une donatrice, par un acte du 17 mai 1872, fait don de certains immeubles aux époux Journon Bien-Aimé, sous la clause expresse que ces biens ne pourront être aliénés, ni hypothéqués.

Postérieurement, les donataires hypothèquent une partie des biens et obtiennent dans le but de la validité de cette opération le consentement de la donatrice. Par ce dernier fait la prohibition, dit la jurisprudence, est effacée, tandis que les hypothèques deviennent licites, donc elles gagnent une existence légale, mais ce n'est pas tout.

La Cour, par une distinction bizarre, conclut que cette renonciation intervenue en dehors des effets ci-indiqués, transmet au tiers le droit que la donatrice avait de faire annuler les hypothèques antérieurement consenties par les donataires, mais sans le consentement du donateur.

C'est une cession, dit la Cour, sinon expressément du moins implicitement, basée sur la commune intention des parties et « d'ailleurs, poursuit-elle, décider autrement serait interpréter l'acte de renonciation dans un sens où il n'aurait produit aucun effet ».

Et enfin dans une matière, relativement neuve, celle de la propriété littéraire, la jurisprudence se prononce sur la transmissibilité de plein droit, dans le silence de la loi et de la convention des droits qui en résultent, en faveur des ayants cause à titre particulier.

1. Nancy, 12 février 1895. D. 96.2.260.

La Cour de Paris¹ est venue statuer sur une pareille hypothèse et dans le sens indiqué. Rappelons les faits pour mieux comprendre le problème de droit, d'autant plus qu'il s'agit de cas, rarement rencontrés dans les relations juridiques.

Un contrat d'édition intervient entre un auteur et un éditeur, pour la publication d'un ouvrage. Après cette convention, la maison d'édition vient à être mise en liquidation judiciaire, et le fonds social est acheté par une nouvelle société commerciale. La question qui a fait l'objet de l'examen de la dite instance était de savoir: a) d'abord si cette convention de publication était conclue *intuitu personæ*, en d'autres mots si elle avait été faite en considération de la personne de l'éditeur, de ses qualités, et si la disparition de l'éditeur était une cause d'extinction du contrat, ou, au contraire, si la considération de la personne, de ses talents, n'avait pas été en vue à la formation du contrat qui est un rapport *intintu rei*.

b) Le deuxième problème, cette dernière solution étant admise, était de savoir si le nouveau propriétaire pouvait invoquer le contrat, ou si le contrat peut lui être opposé par son auteur, sur la base de l'art. 1122. Sur la première question, la décision déclare qu'en général il appartient au juge de reconnaître le caractère personnel ou réel, d'après les termes dans lesquels la convention est conçue. Et que dans l'espèce ci-dessus, la personne de l'éditeur apparaissait comme la raison déterminante de la convention, mais pour la raison que l'éditeur interviendra également pour la vente de l'ouvrage futur. Ici le contrat, comme dit M. Appert, a revêtu la forme d'une

1. Paris, 20 avril 1894, S. 95.2.41.

association. Et en cas de mort ou de disparition d'une des parties, l'association est dissoute conformément à l'art. 1865 C. civil¹.

L'idée qui se dégage de cet arrêt et qui constitue la réponse à la deuxième question posée, c'est que les droits, comme les obligations, résultant d'un contrat d'édition ne sont pas, sauf disposition contraire et manifestement catégorique exprimée dans le contenu de la convention, limités aux seules parties contractantes ; ils passent à leurs successeurs, universels, comme à titre particulier — spécialement aux successeurs de l'éditeur. C'est justement le point de vue qui a été confirmé, deux années plus tard, par la cour d'appel de Paris, infirmant un jugement du Tribunal de la Seine, du 13 avril 1893.

Elle est très précise dans ses termes et déclare formellement que « lorsqu'un auteur a traité avec un éditeur pour la publication d'un ouvrage en stipulant que l'éditeur sera chargé des tirages à venir, ce contrat a été stipulé, non seulement en faveur de l'éditeur, mais pour sa veuve et pour les cessionnaires du fonds de commerce ; ces derniers conservent le droit de publier les nouvelles éditions de l'ouvrage² ».

Mais jusqu'ici la jurisprudence a admis les transferts de certains droits et obligations aux ayants cause à titre particulier, ce n'est pas précisément en vertu de l'article 1122.

c) C'est par l'application d'autres raisons que nous croyons pouvoir expliquer ce résultat. D'abord en ce qui concerne la transmission des hypothèques, des droits

1. Note de M. Appert sous Paris, 20 avril 1894, S. 95.2.41, arrêt cité.

2. Paris, 16 janvier 1896, S. 97.2.47.

en cas d'une cession de créance et droits incorporels, c'est en conformité avec l'art. 1692 qui établit que :

« La vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance telle que caution, privilège et hypothèque. »

Donc en cette première hypothèse l'art. 1122, n'a rien à faire, tandis que la règle *Res inter alios acta* est tout au moins sauvée, car si le principe général est que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ne nuisent et ne profitent pas aux tiers, il en est autrement lorsqu'une disposition légale prévoit une exception.

Quant aux droits qui s'attachent à une chose immobilière, les véritables droits réels, charges existantes, comme les servitudes, ils passent en vertu d'un autre grand principe juridique, multiséculaire, dont l'origine se trouve en droit romain et qui, quoique non inscrit dans le Code civil, est reconnu et validé chaque jour, dans les rapports juridiques, comme un principe de bon sens. C'est la règle *Nemo plus juri ad alium transferre potest, quam ipse habet* : un droit se mesure exactement sur celui de son auteur.

Et ensuite, pour les droits comme pour les obligations, inséparablement attachés à l'objet aliéné, ils s'expliquent par le principe *Accessorium sequitur suum principale*.

Donc, on peut conclure que si certaines conventions produisent leurs effets à l'égard des tiers, si les droits, comme les actions qui leur servent de sanction et que ces contrats font naître, par rapport à l'objet auquel les ayants cause viennent à succéder, qui en d'autres termes sont de véritables accessoires, passent aux ayants cause à titre particulier, ce n'est pas grâce à l'art. 1122.

Si ces ayants cause, dit M. Baudry-Lancantinerie, re-

cueillent les avantages résultant des deux catégories de stipulations, cela s'explique par les principes qui régissent la transmissibilité des stipulations, et l'art. 1122, conclut-il, en tant qu'il concerne les ayants cause particuliers, est inutile ¹.

c) Mais envisageons maintenant les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier par rapport aux droits et aux obligations qui ne sont pas inséparablement attachés à la chose transmise, qui ne sont ni des droits réels, ni des droits à caractère accessoire, donc des conventions qui n'ont pas modifié l'étendue des droits transmis.

En ce qui concerne les conventions qui ont fait naître des droits personnels et des obligations, et qui bien que relatives au droit transmis, sont loin d'être inhérentes, de s'identifier avec la chose cédée pour devenir de véritables accessoires, une pareille incertitude et contradiction existe parmi les décisions et une complète controverse sépare la jurisprudence de la grande majorité des auteurs.

Conception doctrinale.

La doctrine, par ses représentants les plus compétents, se déclare contre la transmission des droits ou des obligations ci-mentionnées à l'ayant cause particulier.

MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, dans le chapitre intitulé « Effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier », déclarent :

« Les conventions qui n'ont ni augmenté, ni amélioré,

1. Baudry-Lacantinerie, *Traité droit civil*, t. XII, n° 226, p. 284.

ni amoindri, ni consolidé, ni transformé le droit transmis par l'auteur, ne peuvent pas être invoquées par l'ayant cause et ne peuvent lui être opposées, fussent-elles relatives à l'objet du droit¹. »

Dans des termes différents, mais par lesquels on arrive à la même conclusion, MM. Colin et Capitant se posent la question : « Faut-il encore l'appliquer, quand il s'agit des contrats qui, sans intéresser la constitution même du droit, sont motivés par l'existence de ce droit, dans le patrimoine du contractant et n'ont d'intérêts pour lui qu'autant qu'il en a la jouissance. Par le fait de la transmission du droit en question l'acquéreur va-t-il se trouver substitué à l'aliénateur, en ce qui concerne la continuation de ces contrats ? »

Et plus loin la réponse éclate par la précision et la clarté avec laquelle elle est donnée.

« Il faut sans hésiter répondre négativement. Quand bien même il s'agirait de contrats dans lesquels l'*intuitus personæ* n'interviendrait à aucun degré, l'acquéreur ne peut pas être engagé sans sa volonté par des actes qu'il n'a pas conclu lui-même². »

Enfin, d'autres auteurs proposent une théorie moyenne. D'après eux, il faut faire une distinction entre les promesses et les stipulations. Les dernières sont transmissibles tandis que les premières ne passent pas, car ce serait la cession d'une dette et les dettes ne se transportent pas par la seule volonté du débiteur. Vainement dirait-on que celui qui oblige sa personne oblige ses biens et que si l'obligation de la personne ne peut être trans-

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, des ob.*, 3^e édition, t. I, n° 224, p. 281.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 314.

mise, il n'en est pas de même de la charge qui pèse sur les biens.

Le gage que la dette contractée donne au créancier sur les biens de son débiteur n'est pas un droit réel, il n'empêche pas le débiteur d'aliéner ses biens et dès qu'un bien est aliéné, il cesse d'être le gage des créanciers. L'ayant cause ne peut donc être tenu de l'obligation de son auteur, parce qu'il possède un bien qui dans les mains de celui-ci servait de gage à ses créanciers. Il reçoit la chose libre de toute charge, ainsi il n'est tenu ni par un lien personnel, ni par un lien réel¹.

Mais, malgré le respect et le rôle important que la doctrine joue dans la création comme dans le développement du droit, nous sommes obligés de ne plus insister et de passer à l'analyse et à l'évolution de la jurisprudence.

Nous diviserons notre analyse selon la matière sur laquelle les juges ont statué.

Opinion jurisprudentielle.

Interdiction de se rétablir. Fonds de commerce. — Commençons avec la clause souvent insérée et qui est une des mesures les plus efficaces de garantie dans la matière de la vente des fonds de commerce, l'interdiction de se rétablir.

Cette condition stipulée passe-t-elle à l'ayant cause ; ce dernier peut-il l'invoquer contre le vendeur originaire, avec lequel il n'a pas contracté ?

1. Laurent, *Principe du droit civil*, t. XVI, n° 15, p. 18 et 19 ; dans le même sens Colmet de Santerre. V. n° 34bis, Demolombe, t. XXIV, n° 284, p. 265, admet ce principe avec une exception pour les promesses qui présentent un caractère réel.

Nous insisterons sur les effets, d'abord actifs, de cette sous-convention, ou mieux dire de cette clause souvent insérée dans le contrat d'une vente de fonds de commerce, il s'agit de la condition connue sous le nom de l'interdiction de se rétablir.

Une question délicate s'est posée, au commencement, en ce qui concerne la validité de cette stipulation.

Une sérieuse objection lui était adressée : Ne va-t-elle apporter une véritable atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ?

Mais, aujourd'hui, il est tranché définitivement dans la doctrine comme dans la jurisprudence, que cette clause n'a rien d'illicite, qu'elle concorde avec les principes de liberté de la volonté et de liberté de l'industrie et du commerce, à la condition qu'elle soit limitée quand au temps et quant au lieu ¹.

Mais si le droit d'existence de cette clause a été consacré, une plus grande difficulté reste à résoudre, c'est de savoir quels sont les effets et les caractères de cette sous-convention, problème très controversé. Est-elle personnelle aux parties contractantes ; son efficacité disparaît-elle avec l'inexistence d'une des parties contractantes ou au contraire, les conséquences de cette stipulation regardent-elles d'autre personnes, comme les ayants cause à titre particulier.

1. Agen, 11 déc. 1861, S. 62.2.30; Req., 21 fév. 1862, D. 62.1.185; Cass. 18 mai 1868, S. 68.1.246; Cass., 1^{er} juillet 1867, S. 1867.1.399, P. 1867.10.75; Cass., 3 mars 1868, S. 1868.1.196; Cass. civ., 30 mars 1885, S. 1885.1.216; Cass., 16 mars 1886, S. 1886.1.296; Cass. req., 9 mai 1888, S. 1888.1.320; Paris, 6 juillet 1893, S. et P. 1894.2.100; Cass. civ., 11 mai 1898, S. et P. 1898.1.265; Limoges, 25 nov. 1910, S. et P., 1911.2.179; Civ., 2 juillet 1900, D. 1901.1.294; S. 1922.1.200; Cass. civ., 15 juin 1922, D. 1925.1.213; Req., 9 janv. 1923, D. 1923.1.37; Rouen, 19 janv. 1910, D. 1912.1.173; Req., 8 nov. 1904, D. et P. 1906.1.489 et note de M. Lacour; Nancy, 14 nov. 1905, D. 907.2.321; Rouen, 28 nov. 1925, S. 1925.2.125.

En ce qui concerne le bénéfice de cette clause, une jurisprudence riche et unanime déclare qu'elle peut profiter au sous-acquéreur.

Cette clause peut être invoquée, par la personne auquel le fonds a été vendu ou cédé, donc par l'ayant cause¹.

Mais il faut examiner maintenant sur quelles considérations on accorde à l'ayant cause le droit de profiter d'une convention qui bien que relative à la chose à lui transmise, lui est étrangère. Deux systèmes peuvent se défendre, en jurisprudence comme en doctrine :

1. Paris, 3 juin 1856, *Ann. propr. ind.*, 1856, p. 191; Trib. Seine, 27 fév. 1856, *Ann. pr. ind.*, n° 56, p. 61; Paris, 24 janv. 1857, *Journ. Trib. com.*, t. VI, p. 184; Trib. Seine, 9 mai 1860, *An.*, 1860, p. 228, *Journ. Trib. com.*, t. IX, p. 315; Paris, 17 mai 1862, *Journ. Trib. com.*, t. 11, p. 626; Agen, 11 déc. 1861, D. 63.2.115; Paris, 29 juin 1865, *Journ. Trib. com.*, t. XV, p. 25, Chambre de Requête 5 juill. 1865, D. 65.1.425, S. 65.1.343; Seine, 7 mai 1865, *Journ. Trib. com.*, t. 14, p. 23; Dijon, 28 nov. 1866, *Journ. Trib. com.*, t. 16, p. 481; Lille, 23 sept. 1866, *Ann. propr. ind.*, n° 66, p. 32; Cour de cass., 18 mai 1868, S. 1868.1.246, P. 1868.618, *Journ. Trib. com.*, t. XVIII, p. 487; Lyon, 30 déc. 1870, D. 71.2.137; Paris, 16 mai 1872, *Journ. Trib. com.*, t. XXI, p. 444; Com. Seine, 15 juin 1869 confirmé par Paris, 16 mai 1872, t. XXI, p. 444; Cour de Paris, 18 août 1869, D. 74.5.536; Cour d'Aix, 1^{er} fév. 1873, D. 74.5.309; Paris, 7 avril 1875, *Journ. Trib. com.*, 1876, p. 54; Com. Seine, 9 mai 1880, *Journ. Trib. com.*, t. XXIX, p. 314; Paris, 23 juin 1882, S. 83.2.13, P. 83.1.98; Paris, 13 nov. 1883, S. 1884.2.40; Com. Seine, 7 août 1886, *Journ. Trib. com.*, t. 37, p. 45; Cass., 31 mars 1884; *Journ. Trib. com.*, t. 34, p. 45; Angers, 2 juin 1888, *Ann. de dr. com.*, 1888.1.231; Paris, 1889, *Journ. Trib. com.*, t. XXXVIII, p. 531; 8 nov. 1892, *Ann. propr. ind.*, t. 93, p. 30; Trib. Seine, 11 juin 1887, *Ann. propr.*, t. 90, p. 357; Lyon, 6 avril 1892, *La Loi*, 15 sept. 1892, 4 nov. 1891, *Le Droit*, 3 déc. 1890; 15 janv. 1881; Trib. Saint-Etienne, *La Loi*, 8 fév. 1891; Nancy, 4 août 1890; *Rec. Nancy*, t. 90-91, p. 184.

— Paris, 20 mai 1890, *Journ. Trib. com.*, 1891, p. 340; *Ann. propr. ind.*, 91.24; Lyon, 6 avril 1892, S. 1893.2.219; Req., 24 à juin 1898; Req., 8 nov. 1892, *Ann. propr. ind.*, 93.36; Paris, 27 déc. 1899, *La Loi*, 13 janv. 1900, Paris; Trib. Saint-Etienne, 27 juin 1899; *M. jud. Lyon*, 8 janv. 1900; 21 fév. 1900, D. 1900.2.476, S. 1903.2.210; *Gaz. Trib.*, 30 août 1901; Trib. com. Bordeaux, 4 fév. 1901; *Mémorial de Bordeaux*, 1901.1.151; Trib. com. Marseille, 30 janv. 1902, *Rec. Marseille*, 1902.1.60; Com. Seine, 23 août 1899, *Journ. Trib. com.*, 1901, t. L, p. 85; Lyon, 20 oct. 1900, *M. J. Lyon*, 23 avril 1900; Lyon, 19 fév. 1903, *Mon. J. Lyon*, 26 avril 1903; Nancy, 14 nov. 1905, D. 1907.2.321; Trib. com. Marseille, 5 juin 1908, *Ann.*, 09.2.30, *Gaz. Palais*, 1908.2.438; Lyon, 12 juin 1908, *Ann.* 1909.2.2; *Gaz. Trib.*, 28 nov. 1902; *Mon. J. Lyon*, 20 oct. 1903; Trib. com. Seine, 21 juin 1921, confirmé par la Cour de Paris, 24 oct. 1923; *Journ. Trib. com.*, 1924, p. 376, comp. aussi Lyon, 1^{er} mars 1926, *DH.*, 1926, p. 259, S. 1926.2.97.

Explication légale.

a) *Article 1112.* — Ou bien tout s'explique par l'application de l'art. 1122, en lui donnant une large extension et en décidant que le vendeur en prenant la charge de garantie est censé avoir stipulé aussi pour ses ayants cause à titre particulier.

C'est le système auquel recourent tous ceux qui soutiennent que l'art. 1122 est d'une application générale et que le mot ayant cause se réfère sinon exclusivement du moins assez expressément « aux ayants cause particuliers ».

C'est la conception qu'enseigne M. Lèbre, dans son traité du fonds de commerce, relativement à l'obligation de ne pas se rétablir.

« L'engagement est pour ainsi dire comme garantie de son existence, il constitue une de ses qualités juridiques, et se transmet avec lui aux acquéreurs successifs, le vendeur ne peut se considérer comme délié de son obligation vis-à-vis de ses sous-acquéreurs, l'acheteur originaire ayant stipulé pour lui et ses successeurs et ces derniers étant subrogés dans tous les droits de leur vendeur ¹ » (art. 1122).

Cette justification du distingué auteur nous paraît non seulement critiquable, mais extrêmement confuse. Elle affirme d'abord dans les lignes citées que l'engagement est une garantie de l'existence du fonds, une qualité juridique qui se transmet avec lui, donc on peut conclure qu'il est un véritable accessoire, qui suit la chose à laquelle il se trouve attaché. Et plus loin il affirme

1. G. Lèbre, *Traité pratique et théorique de fonds de commerce*, n° 97.

que l'acheteur originaire a stipulé pour lui et ses successeurs, conformément à l'art. 1122. Mais alors quel est le système juste, le premier ou le dernier ? car ils sont tout à fait différents sinon contradictoires dans leur nature, comme dans leurs effets.

b) *Accessoire*. — Revenons au deuxième système, exposé magistralement en doctrine par M. Guillaouard, à l'occasion de l'éviction de la chose vendue et de la garantie existante. Il attribue le droit à cette garantie, au successeur à titre particulier du bien vendu, pour la raison suivante :

Ce droit résulte des principes que nous avons exposés sur l'acte de vente, l'objet vendu est aliéné avec tous ses accessoires, et parmi ses accessoires figure au premier chef l'action en garantie, contre le précédent vendeur, qui permet à l'acheteur évincé d'être indemnisé du préjudice que l'éviction lui cause.

En ce qui concerne les donations où il n'y a pas lieu à un préjudice, le résultat, soutient-il, doit être tout de même semblable, car l'intention préalable du donataire ou du testateur a été de donner la chose comme il l'avait, sans en rien retenir, avec tous ses accessoires, en y comprenant par conséquent l'action en garantie, « elle est l'un des accessoires les plus importants de la chose ¹ ».

C'est le principe de l'art. 1615 C. civ. en vertu duquel « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage personnel. »

San§ insister sur la force juridique de ces deux systèmes doctrinaux, nous voulons voir l'opinion jurispru-

¹. Guillaouard, *Traité de la vente*, n° 320.

dentielle, nous voulons mettre en évidence les considérations sur lesquelles elle appuie ses décisions.

On peut affirmer que les deux systèmes indiqués servent successivement à la jurisprudence comme support légal.

Il est intéressant de déterminer l'opinion dominante, chose qui résultera facilement de l'exposé rapide des arrêts intervenus.

La Cour de Paris, par un arrêt du 23 juin 1882, vient en infirmant un jugement du tribunal de la Seine, de statuer dans le sens de la première conception. Considérant que c'est à tort que les premiers juges ont déclaré dans la sentence dont c'est un appel, qu'en matière commerciale, les limitations à la liberté de l'industrie, devaient être réputées personnelles, qu'il faut au contraire décider, qu'en vertu du principe général écrit dans l'art. 1122 C. civ. les stipulations limitant l'industrie engagent les successeurs et ayants cause, à moins d'une convention contraire, qui ne se rencontre pas dans l'espèce ¹.

Egalement la Cour de cassation déclare qu'une interdiction de s'établir peut être considérée avoir été stipulée dans l'intérêt de tous les possesseurs de l'établissement ².

Pour les mêmes considérations la Cour de Lyon, dans une espèce semblable, énonce que le bénéfice de cette stipulation (d'interdiction) peut-être réclamé par le sous-acquéreur auquel l'acquéreur primitif a rétrocédé le fonds de commerce, en vertu de l'art. 1122 ³.

Souvent les arrêts de ce système, sont motivés par l'application du principe de la subrogation.

1. Paris, 13 novembre 1883, S. 1884.2.40.

2. Cass., 5 juillet 1865, D. 65.1.425.

3. Lyon, 6 avril 1892, *La Loi*, 15 septembre 1892, S. 1893.2.219.

C'est la Cour de Paris, dans l'espèce suivante :

Une dame Launay vend au sieur Verrier, un fonds de boulangerie, à Paris, et prend par le même acte, l'obligation de ne pas s'établir, directement ou indirectement, dans un rayon déterminé.

Verrier, à son tour, revend son fonds à une autre personne, le sieur Lemaire, qui s'étant aperçu que la vendeuse primitive, livrait du pain par ses employés à des personnes demeurant dans le périmètre prohibé, introduit une action en dommages-intérêts pour concurrence déloyale, en lui demandant réparation.

Le Tribunal de la Seine le déboute pour défaut de lien, mais la Cour d'appel le déclare recevable dans sa prétention, car par la revente du fonds de commerce et sans aucune réserve, le sous-acquéreur se trouve par là-même subrogé dans tous ses droits contre le vendeur primitif ¹.

c) *Charge réelle, Servitude*. — Mais, c'est un autre système qui l'a emporté, ce sont d'autres considérations que la jurisprudence a trouvé bon d'invoquer, le système qui considère cette condition d'interdiction comme un accessoire du fonds de commerce, comme un bénéfice, un avantage, qui passe en même temps avec l'établissement en faveur duquel il a été stipulé.

Elle se confond avec l'intérêt de l'établissement industriel ² auquel elle se rattache par sa nature et son objet ³ et peut le suivre dans les mains du cessionnaire et de tout ayant cause à titre particulier.

1. Paris, 29 mai 1890, *Journal Tribunal commerce*, 1891, p. 340.

2. Paris, 23 juin 1882, S. 1883.2.13.

3. Paris, 21 février 1900, S. 1903.2.210.

C'est une stipulation faite non à une personne déterminée ou à une catégorie de personnes déterminées ou déterminables, c'est une condition contractée au profit de la chose vendue et comme garantie de son existence⁴.

L'interdiction de s'établir est considérée par la plupart des décisions, comme une servitude, une charge, qui se transfère en même temps que le fonds de commerce auquel elle a été liée.

« La convention par laquelle un locataire s'engage, soutient la jurisprudence pour le cas où il quitterait les lieux loués à n'établir son industrie qu'à une certaine distance et après un délai déterminé, constitue une charge du fonds de commerce qui doit être respectée par tous les acquéreurs successifs de ce fonds. »

Le Tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 11 septembre 1897, consacre la même solution, et expose les mêmes raisons, dans l'espèce suivante :

Le propriétaire d'un fonds de commerce, le sieur Haincellin, l'a vendu à Guttin en 1886, en s'obligeant en même temps à ne pas former ou prendre directement ou indirectement, ou s'immiscer dans un fonds de même genre que celui qu'il a vendu.

Guttin, postérieurement, a cédé à Montcharmont le fonds de commerce. Haincellin se serait rendu coupable, en se rétablissant contrairement à la clause établie, et le détenteur actuel du fonds lui réclame des dommages-intérêts. Le Tribunal fait raison à la demande de ce der-

4. Req., 5 juillet 1865, D. 65.1.425; Req., 18 mai 1868, D. 69.1.366; Paris, 7 avril 1875, *Journ. Trib. de commerce*, 1876, p. 54; Paris, 20 mai 1890, *Journ. Trib. com.*, 1891, p. 340 arrêt cité.

nier parce que le vendeur ne peut être considéré comme délié de son obligation parce que son acquéreur aurait lui-même revendu à un tiers, que l'interdiction est contractée au profit de la chose vendue et *comme garantie de son existence* ¹.

Nous reviendrons sur cette opinion, qui considère cette clause prohibitive, comme une servitude, conception qui sert à expliquer l'obligation d'un acheteur du fonds de commerce à la respecter quoiqu'il soit resté étranger à la prise de cette obligation, par la simple raison qu'il a succédé à son auteur, seul obligé.

Conclusion.

Pour le moment, nous avons cherché l'explication juridique concernant l'effet actif d'une convention à l'égard des ayants cause, et nous l'avons examinée, en envisageant toujours le problème du point de vue de cette activité. Peut-être avons-nous insisté trop longuement, mais cela s'explique, nous avons voulu montrer que les choses se passent autrement que comme le prétend M. Lépargneur, dans son étude intitulée *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations*, où il dit que la « jurisprudence est tout à fait favorable à son opinion relative à l'application de l'art. 1122 à la stipulation de non-concurrence ² ».

Evidemment, nous ne partageons pas l'opinion que de la sous-convention de non-concurrence résulte un droit impersonnel, que la clause d'interdiction puisse être

1. Trib. Seine, 11 septembre 1897, *Journ. Trib. com.*, 1899, p. 134.

2. Lépargneur, *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 516, n° 12.

regardée comme un accessoire de l'établissement commercial. Il s'agit d'un droit personnel stipulé au profit de l'acheteur ou cessionnaire primitif seul, lequel droit, en stricte théorie, ne doit appartenir qu'au preneur originaire.

Il serait difficile de saisir le véritable motif, qui a déterminé les décisions jurisprudentielles, d'accorder ce droit à une autre personne que celle en faveur de laquelle il a été contracté.

Peut-être est-ce l'utilité et l'intérêt qu'il présente pour l'acquéreur d'un fonds de commerce.

b) *Quid ?* — EN MATIÈRE D'ASSURANCE.

Quid, relativement aux droits résultant d'un contrat d'assurance terrestre ? Le bénéfice qui découle d'une convention d'assurance passe-t-il ou non à l'ayant cause particulier ?

La question, assez vieille, discutée et débattue dans l'ancien droit par le célèbre juriconsulte Pothier, a été incessamment depuis l'objet d'études contradictoires. Des solutions controversées, ont été apportées par la doctrine et la jurisprudence, depuis presque un siècle, et ce fut la loi du 13 juillet 1930 qui arriva, enfin, à mettre un terme à cette controverse, qui paraissait sans issue.

La doctrine présente comme d'habitude, deux systèmes¹. Un système qui, tout en acceptant que le droit ainsi que l'obligation assumée par l'assuré sont personnels, déclare qu'ils sont de véritables accessoires de la chose assurée ; l'assurance étant nécessairement inséparable de

1. Quesnault, *Traité des assurances terr.*, p. 211.

l'objet assuré, ne pouvant exister sans lui et devant le suivre partout où il va.

C'est, d'ailleurs, une application naturelle des articles 1614 et 1615 « que la chose doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au moment de la vente et que l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires. C'est l'idée d'une cession tacite, à l'aide de laquelle le vendeur transmet à son acquéreur, tous les droits qu'il tenait d'un contrat d'assurance. Du reste, en faveur de ce système, disent ses partisans, plaident les plus élémentaires notions de morale et d'équité.

» D'abord, il serait aussi injuste qu'odieux que le vendeur reçoive deux fois le prix de sa chose ¹. »

Et ensuite « il serait inéquitable que l'assureur profite de la prime, sans être tenu de payer l'indemnité ². »

Le système adverse, comme on doit s'y attendre, se déclare contre toute idée de transmission.

La base de ce système est la nature personnelle de l'assurance. Celle-ci est un contrat *intuitu personæ*, fait en vue de la personne assurée, en vue de ses qualités de moralité, de diligence, de salvabilité, etc., car en vertu et conformément à la nature de réciprocité d'un droit et d'une obligation, le droit à l'indemnité présente comme corrélatif, l'obligation de payer la prime et cette dernière ne peut être payée par la propriété assurée, mais par la personne qui a stipulé la garantie.

Contre la considération que l'assurance est inséparablement liée à la chose, les défenseurs de cette concep-

1. Emerigon, *Traité d'assurance*, ch. 16, sect. 3.

2. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la loi comm.* t. I, n° 142; Joliat et Grün, *Traité d'assurance*, n° 86. V. Juris. g. sous *Ass. terrestre*, n° 57 et note sous S. 93.2.289.

tion, présentent un exemple, assez peu convaincant d'ailleurs, de ce que l'assurance est valable et peut exister, bien que la chose change de propriétaire. C'est l'hypothèse d'une assurance faite par un créancier hypothécaire.

De plus, ils invoquent deux principes juridiques bien connus, et qui forment un appui pour leur thèse.

1° Le concept juridique *Nihil ad alium transfere potest quam ipse habet*, met obstacle à ce que le droit à la réparation du sinistre puisse passer à l'acquéreur. Le vendeur par l'alinéation de sa chose, perd la propriété et, en même temps, perd aussi l'intérêt qui vivifiait le contrat ; d'un même coup, il perd la propriété et le bénéfice.

2° Et d'ailleurs, n'y a-t-il pas une très grande règle qui nous enseigne, que les droits comme les obligations ne passent pas de plein droit aux successeurs à titre particulier.

La jurisprudence prend, à son tour, l'étude de cette délicate question, qui séparait la doctrine, en vue d'apporter la réponse précise, au problème posé : Le contrat d'assurance est-il ou non résilié par l'aliénation de la chose assurée. Ce contrat est-il formé, *intuitu personæ*, ou *intuitu rei* ; ses effets profitent-ils ou ne profitent-ils pas aux successeurs à titre particulier ?

Son attitude a été très changeante, et son évolution est très caractéristique. *Au commencement elle se déclare pour le premier système*, puis après un certain temps, *elle l'abandonne* en faveur du deuxième système. Ensuite vers 1925 commence la troisième étape ; la jurisprudence, par un curieux changement, revient à la même conclusion qu'au départ. Cette fois, le législateur inter-

vient lui-même ; probablement pour mettre fin à cette incertitude et dans l'intérêt de la sécurité, souci de toute législation, il consacre cette dernière conception jurisprudentielle.

La première période de la jurisprudence n'est pas riche pour les raisons suivantes : C'était une époque où la question se présentait rarement, de plus, elle a été de courte durée. Tout de même nous trouvons quelques arrêts qui suffisent à caractériser la conception des juges.

C'est la Cour de Douai qui, le 18 mai 1835, se prononce dans le sens que le contrat d'assurance peut profiter à l'ayant cause à titre particulier, en l'espèce l'acquéreur d'une chose assurée. Evidemment, cette décision, n'est pas très claire et paraît dictée par des circonstances particulières de la cause ¹.

Elle déclare que l'acquéreur d'un immeuble assuré par une société de secours mutuels, qui n'a pas fait renouveler en son nom la police d'assurance, peut néanmoins être considéré comme sociétaire, s'il résulte des actes et des livres qu'il a toujours été considéré comme tel.

Plus claire et plus affirmative est la Chambre des Requêtes, quelques années plus tard, également à l'occasion d'une association faite avec une compagnie d'assurances mutuelles ².

Exposons les faits : le sieur Etienne avait fait assurer une maison contre l'incendie, par la compagnie d'assurance mutuelle. Postérieurement, il vendit la maison qui, plus tard, vint à être détruite par un sinistre. L'acqué-

1. Cour de Douai, 18 mai 1835, *J. g. Ass. terrestre*, p. 337.

2. Ch. des req., 12 janvier 1842, cité *Jurispr. g. Ass. terrestre*, p. 338.

reur formula alors contre la Compagnie en question une demande en réparation. Le Tribunal et la Cour d'appel déclarèrent recevable sa demande. La Compagnie fit un pourvoi en Cassation pour violation de l'article 1108, pour la méconnaissance des principes les plus élémentaires en matière de convention, surtout pour l'oubli que le consentement est la condition première d'une convention, enfin pour la violation de l'article 1165.

La Cour répondit sur le premier et le deuxième moyens :

« Attendu que la considération de la personne n'est pas le motif déterminant de la convention, que c'est la propriété soumise à l'assurance qui en est la cause principale ;

» Les cas de dissolution, prévus par l'article 1865, ne peuvent pas être appliqués aux sociétés d'assurances mutuelles. »

Enfin, en 1845, la Cour de Rouen¹, tout en confirmant les arrêts précédents, nous offre une explication juridique plus complète de ce transfert des droits.

« Attendu, dit-elle, que le contrat de vente (du 8 oct. 1840) contient subrogation en faveur de l'acquéreur de tous les droits du vendeur de l'immeuble assuré par la Compagnie l'Arc-en-Ciel, et que cette subrogation comprend évidemment le droit de toucher l'indemnité en cas de sinistre. »

Dans la deuxième période, la jurisprudence, vient consacrer le principe que le contrat d'assurance prend nécessairement fin par la mutation de la chose aliénée².

1. Cour de Rouen du 29 avril 1845, D. 45.4.36.

2. Cour de Douai, 3 janv. 1873, D. 74.5.36; Civ., Cass., 13 juillet 1874, D. 75.1.173; Alger, 23 janv. 1893, S. 1893.2.291, D. 93.2.442; Nancy, 20 juin 1893, D. 1893.2.492.

car le contrat ne saurait avoir d'effet qu'autant que l'assuré conserve personnellement le droit en raison duquel il a contracté, par suite si ce droit vient à s'évanouir, la matière même du contrat fait défaut et dès lors, l'assurance se trouve nécessairement anéantie.

Le vendeur n'étant plus propriétaire, la chose, objet du contrat, en considération de laquelle l'indemnité a été promise, n'est plus à ses risques et disparaît ; les relations entre le vendeur et la Compagnie d'assurance sont éteintes ; le contrat est résilié, faute de cause.

C'est la reconnaissance implicite de la personnalité du contrat d'assurance, qui est une convention faite en vue de la personne qui doit la prime. La conséquence élémentaire est que l'acquéreur d'un objet assuré, ne peut prétendre au droit à la réparation, il n'a aucun droit contre l'assureur, car par l'aliénation le contrat d'assurance prend fin.

Ce qui prouve les nombreux désavantages que pouvaient entraîner dans la réalité, ces dispositions rigoureuses, c'est l'habitude que la pratique a imposée de stipuler dans la police, « qu'en cas de vente de la chose assurée, le vendeur devra, dans un délai d'un mois, en faire une déclaration à l'assureur et lui remettre l'engagement écrit, du nouveau propriétaire ».

C'est une stipulation nécessaire, une mesure utile pour éviter les inconvénients indiqués ; car c'est seulement dans le cas où cette obligation prise par l'assuré primitif, n'est pas exécutée, où ce dernier ne présent pas dans le délai prescrit l'engagement de la part du nouveau propriétaire, de continuer l'assurance que celle-ci sera résiliée.

Cette clause a été considérée comme licite ¹ et quant à sa structure juridique plusieurs opinions ont été émises. Il y a des auteurs qui la considèrent, comme un réel mandat ; d'autres comme une véritable délégation, mais le système dominant, celui qui est adopté par la jurisprudence, est celui de la *stipulation pour autrui*.

« Attendu que les termes de la clause ne s'opposent nullement à une pareille interprétation et que les juges ont pu légitimement lui reconnaître le caractère d'une stipulation pour autrui, telle que le définit l'article 1121 », c'est l'opinion de la Chambre des Requêtes, telle qu'elle est exprimée dans un arrêt du 4 novembre 1907 ² ».

En vertu de cette clause, le vendeur s'engage à obliger le nouveau propriétaire à donner exécution à la police. En cas de non-exécution, la Compagnie a contre lui un droit incontestable à une indemnité ³.

En outre cette stipulation oblige l'acquéreur à payer la prime et réciproquement lui donne droit, en cas d'un éventuel sinistre, à une indemnité. Bien sûr, cette obligation, comme le droit corrélatif, prend naissance par le fait et à la date de son acceptation. Jusque-là il garde la faculté de résolution.

Mais, dans la situation un peu plus compliquée, où le sinistre est arrivé, sans que cette acceptation soit intervenue, quelle est sa situation juridique ? On répond qu'il

1. Req., 11 nov. 1872, D. 74.5.35, S. 72.1.365, la note Bordeaux, 14 juillet 1873, sous Cass., 13 juillet 1874, S. 74.1.365; Nancy, 20 juin 1893 arrêt cité; Bourges, 22 janv. 1890, D. 91.2.342, Trib. civ. de Saint-Calais, 12 juin 1903, D. 905.2.246; Orléans, 4 août 1905, D. 1906.2.296; Cass. req., 4 nov. 1907, S. 1908.1.337, contre Cass. req., 18 oct. 1904, S. 1905.1.68.

2. Cass., 4 nov. 1907 arrêt cité. Voir la note de M. Hemard sous S. 1908.1.337;

3. Cass. req., 16 avril 1904, S.1905.1.505, voir *infra*, note de M. Perreau.

n'est pas déchu de son droit, si le terme nécessaire pour cette acceptation, manifestation de sa volonté, n'est pas expiré ¹.

D'autre part, entre l'ancien assuré, le vendeur et le nouvel assuré, l'acheteur, du fait de la même stipulation, résulte la conséquence suivante :

Si le premier néglige de transmettre à l'assureur, dans le délai convenu, l'engagement écrit de l'acheteur, et si un sinistre intervient, l'acheteur a une action en dommages-intérêts contre le vendeur pour la réparation du préjudice causé ², car il est évident que l'engagement n'ayant pas été reçu dans le terme prescrit, la convention d'assurance primitive prend fin.

Malgré ces mesures d'adoucissement aux dispositions catégoriques des arrêts, une modification plus ferme s'imposait, une interprétation dans le sens contraire était nécessaire. L'utilité en était grande, parce que l'admission du principe, que les effets d'un contrat d'assurance passent avec le transfert des choses, son objet, et à défaut de toute stipulation nécessaire de la part du vendeur et d'acceptation formelle de l'acheteur, facilitait énormément les transactions. Ensuite, elle était équitable et nous nous référons aux considérations exposées à l'occasion du premier système doctrinal.

Pour satisfaire à toutes ces considérations d'utilité, d'équité, de moralité, la jurisprudence change d'avis et nous entrons dans la troisième phase d'évolution jurisprudentielle concernant l'interprétation de la structure

1. Ch. req., 1856, 5 fév., D. 56.1.345; Paris, 8 avril 1876, D. 77.2.237.

2. Alger, 23 janv. 1893, arrêt cité.

juridique du contrat. La jurisprudence abandonne son ancienne conception et déclare que l'assurance est une convention *intuitu rei*.

C'est la Cour de cassation¹ — elle-même — (Chambre des Requêtes), qui inaugure la nouvelle période, en confirmant une décision de la Cour d'appel de Dijon,

« Attendu, dit-elle, que pour rejeter cette prétention, la Cour d'appel a considéré que comme toute police d'assurance contre l'incendie, la police litigieuse avait été consentie *intuitu rei*, et non pas en considération des personnes. ainsi conclut-elle, la Cour d'appel a justifié légalement sa décision ».

Comme couronnement à la nouvelle et récente conception, le législateur est venu lui-même, par la loi du 13 juillet 1930, statuer dans ce sens, par l'article 19, dans tous les cas obscurs, jusqu'à cette date.

« En cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit, au profit de l'héritier ou de l'acquéreur, à charge pour celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat. Il sera loisible toutefois, soit à l'assureur, soit à l'héritier ou à l'acquéreur, de résilier le contrat. L'assureur pourra résilier la police dans un délai de trois mois à partir du jour où l'attributaire définitif des objets assurés aura demandé le transfert de la police à son nom.

« En cas d'aliénation de la chose assurée, celui qui aliène reste tenu vis-à-vis de l'assureur au paiement des primes échues, mais il est libéré même comme garant des primes à échoir, à partir du moment où il a informé l'assureur de l'aliénation par lettre recommandée.

1. Cass. req., 23 déc. 1924, S. 1925.I.30.

» Lorsqu'il y a plusieurs héritiers ou plusieurs acquéreurs, si l'assurance continue, ils sont tenus solidairement au paiement de la prime.

» Est nulle, toute clause par laquelle serait stipulée au profit de l'assureur, à titre de dommages et intérêts, une somme excédant le montant de la prime d'une année dans l'hypothèse de décès ou d'aliénation de la chose assurée si l'héritier ou l'acquéreur opte pour la résiliation du contrat¹. »

Conclusion.

Après avoir vu l'évolution jurisprudentielle et l'esprit de la loi de 1930 sur l'assurance, montrons en quelques mots notre opinion.

Selon nous, le contrat d'assurance, quand il s'agit d'assurance terrestre, est un contrat *intuitu personæ*. La considération de la personne, ses qualités, sa diligence, sa solvabilité sont des considérations essentielles dans le calcul du risque.

L'obligation de réparer le préjudice, cette obligation de faire, est prise par l'assureur en considération et en faveur de l'assuré. Le droit que ce dernier a acquis ne peut être transmis de plein droit par l'aliénation de la chose, objet de l'assurance. C'est la règle qui nous enseigne que la convention ne profite pas au tiers, qui s'oppose à ce transfert *ipso facto* d'un droit. On ne peut pas, non plus, prétendre que l'assurance d'un bien est un accessoire d'une chose. Si la jurisprudence a agi autrement, c'est pour des nécessités impérieuses d'ordre parti-

1. Duvergier, *op. cit.*, t. XXX, p. 502.

culier, d'ordre moral et d'ordre équitable comme nous l'avons vu.

β) EN MATIÈRE DE TRANSPORT.

L'effet actif d'une convention génératrice de droits à l'égard des ayants cause particuliers peut être étudié également en matière de transport. Deux situations peuvent être envisagées.

a) Dans le cas de transport de marchandises et b) dans le cas d'un transport de voyageurs. Dans l'une et l'autre hypothèse, la question que nous devons résoudre est celle-ci : le contrat de transport est-il un contrat *intuitu personæ* ou *intuitu rei*, en d'autres termes ses effets sont-ils limités aux seules parties contractantes, ou passent-ils aux successeurs universels et à titre particulier ?

Evidemment, notre examen portera sur l'effet de ce contrat à l'égard d'un ayant cause particulier, du propriétaire de la marchandise ou du voyageur, selon le cas. Prenons le cas d'un transport de marchandise.

Rien ne s'oppose légalement et même pratiquement à ce que les marchandises transportées fassent l'objet d'une opération juridique : vente, cession, transaction. Ces opérations imaginables peuvent être conclues, soit avec l'expéditeur, soit avec le destinataire.

Il est compréhensible que, pour nous, la validité de ces contrats, leur utilité économique, comme leur importance pratique, sont des questions secondaires.

Ce qui nous importe, c'est de voir quelle est la situation juridique de cet acheteur, ou plutôt quels sont ses droits relativement au contrat de transport. Peut-il

s'adresser directement à cause de son acquisition, et *ipso facto* à la compagnie de transport pour exiger la libération de sa marchandise et, la question la plus intéressante, peut-il se dresser contre le transporteur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat qu'il a conclu avec l'auteur du demandeur. Le contrat de vente, par exemple, donnera-t-il droit à l'acheteur d'intenter une action en dommages-intérêts contre la compagnie de transport avec laquelle il n'a pas traité, en absence de toute faute de cette dernière, donc basée sur la responsabilité contractuelle. Voilà une série de problèmes, compliqués et intéressants à la fois. La doctrine, d'une manière presque générale, mais d'une façon sommaire, déclare que l'ayant cause à titre particulier peut juridiquement invoquer le contrat de transport.

« Les ayants cause de l'expéditeur ou du destinataire, cessionnaires mandataires, acheteurs, dit M. Josserand¹, qui sont représentés non seulement au contrat, mais à l'opération même du transport, toutes ces personnes peuvent avoir leur mot à dire dans l'exécution d'un contrat. »

D'une manière aussi théorique et peut-être plus générale, sans insister sur les considérations qui forment la base fondamentale de cette conception, M. Mazeaud déclare :

« Il est certain que si le dommage a été causé par l'un des contractants aux ayants cause et que ceux-ci agissent en leur qualité d'ayants cause du contractant lui-même, ce sont les règles de la responsabilité contractuelle qui entrent en jeu.

1. Josserand, *op. cit.*, p. 363.

» L'acquéreur d'un bien pourra agir en responsabilité contractuelle contre celui qui n'exécute pas un contrat, passé avec son auteur, relativement au bien qui lui a été transmis¹. »

Mais, dans la matière qui nous intéresse, malgré les affirmations de ces auteurs compétents, la jurisprudence paraît s'être prononcée en sens contraire.

Laissons de côté le cas où a eu lieu une cession particulière concernant les droits résultant du contrat de transport, car alors tout effet est explicable et où le récépissé a été transféré à l'acquéreur, soit par l'expéditeur ou par le destinataire.

Il en est de même dans l'hypothèse où la cession a été notifiée conformément à l'art. 1690.

Mais, en dehors de toutes ces mesures spéciales, la jurisprudence d'une manière indirecte se prononce contre la doctrine². L'idée qui se dégage d'une étude d'ensemble des décisions jurisprudentielles, c'est que le contrat de transport est une convention qui ne produit ses effets qu'entre les parties contractantes. Et on considère comme parties contractantes l'expéditeur, voiturier et même le destinataire. Ce dernier, quoiqu'il ne prenne pas personnellement part à la formation du contrat, est considéré comme un tiers bénéficiaire de ce dernier, dont le droit et la qualité trouvent leur fondement légal dans la stipulation que l'expéditeur est considéré avoir fait pour lui. C'est l'application de l'art. 1121, c'est le jeu de l'institution connue sous le nom de stipulation pour autrui.

1. Mazeaud, *Traité de la resp.*, t. I, p. 130.

2. Civ., 24 mai 1897, D. 98.1.23; Dijon, 24 janvier 1900, D. 1900.2.486; Comp. Req., 21 juillet 1875, D. 77.1.325; Cass., 24 mai 1897, S. 1897.1.411.

Mais, tous ceux qui ne figurent pas sur la lettre de voiture ou sur le récépissé n'ont aucune qualité à l'égard de cette convention de transport, qui est pour eux *Res inter alios acta*.

Même le propriétaire de la marchandise n'a pas le droit d'invoquer ce contrat à la formation duquel il n'est pas intervenu.

« Attendu qu'aux termes de l'art. 102 C. com., dit la Cour d'Alger, la lettre de voiture ou en l'espèce le récépissé en tenant lieu, ne forme contrat qu'entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier et que, dès lors, V. (propriétaire des choses transportées) qui ne figurait à aucun titre sur le récépissé ne saurait se prévaloir d'un contrat auquel il est resté étranger¹. »

Et à cause de cette conception personnaliste, interprétée d'une manière exagérée, la Cour de cassation a refusé à une maison de commerce le droit de demander des dommages-intérêts à l'occasion du retard apporté à la livraison de colis expédiés à son voyageur, alors que rien ne prouvait qu'elle était partie contractante. Dans l'espèce ci-dessus, quoique sur le récépissé existait, à la suite du nom du destinataire, la mention « voyageur », la Cour repousse cette demande, parce que la mention figurant sur le récépissé à la suite du nom Bayard, voyageur, n'a eu d'autre objet que de désigner sa qualité sans indiquer que la maison L... était partie au contrat².

Donc, on refuse au propriétaire le droit de se prévaloir d'un contrat de transport auquel lui, personnellement,

1. Alger, 23 janvier 1909, D. 1910.2.149, voir pour conformité Civ., 16 décembre 1914, D. 1916.1.47.

2. Civ., 18 oct. 1905, D. 1909.1.128 et la note.

n'a pas été partie ; ce refus est justifié par le défaut de lien.

Mais, dans l'hypothèse où le voiturier a connu la véritable situation, où il a pu se rendre compte que le destinataire n'était qu'une personne représentative, que la maison avait intérêt à une exécution régulière du transport, celle-ci est recevable dans l'action en indemnité¹.

Et alors si une personne propriétaire actuelle de la marchandise et qui possédait cette qualité avant la conclusion du contrat de transport ne peut invoquer ce contrat, une personne qui gagne cette qualité postérieurement pourra-t-elle avoir plus de droit ? Le fait qu'en général et d'une manière habituelle et constante, a lieu en même temps que l'aliénation de l'objet une cession des droits résultant du contrat, suffit à confirmer notre conclusion.

Nous regrettons de n'avoir pas trouvé de décisions qui se réfèrent précisément au cas d'un acheteur de la marchandise en cours de route.

Un seul arrêt, et encore de date assez ancienne, se prononce sur le cas d'un acheteur de marchandises, auquel on permet d'exercer l'action du destinataire, mais il n'agit pas de son propre chef par une action directe, mais par l'action oblique de l'art. 1166².

Donc, dans le cas du transport de marchandises, la convention qui le concerne est régie strictement, quant à ses effets, par les dispositions de l'art. 1165 C. civ. dans son sens rigoureux « que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ».

1. Paris, 16 mars 1899, Amiens, 18 mars 1899, D. P. 1900.2.59 et la note 2-3 sous Civ., 18 oct. 1905 (arrêt cité.).

2. Ch. req., 21 juillet 1875, D. 77.1.325 et les observations sur le pourvoi, présentées par M. le conseiller Rau, rapporteur.

Maintenant, en matière de transport de voyageurs, c'est la même chose ? Le contrat ne produit-il ses effets, par respect de l'art. 1165 C. civ., qu'entre les seules parties contractantes, ou peut-il les étendre au delà, à d'autres personnes, à ses ayants cause ?

La question se pose surtout dans le cas d'un accident survenu au cours du voyage et qui a, comme conséquence, la disparition ou au moins l'infirmité du voyageur. Quelle est alors la personne recevable à agir par une action en indemnité ?

Pour répondre, il faut préalablement voir quelle est la nature de la responsabilité encourue par le transporteur, est-elle contractuelle ou délictuelle ?

Et la conclusion qui nous intéresse sera différente suivant qu'on adopte la première ou la deuxième opinion. Ainsi, si la responsabilité est délictuelle, toute personne qui éprouvera un certain préjudice pourra s'adresser contre la compagnie de transport. C'est l'action de l'art. 1382 que le demandeur exercera.

Inversement, si la responsabilité est contractuelle, le problème se complique.

Strictement, la convention intervenue entre le voyageur et le transporteur ne doit profiter et nuire qu'à eux. C'est un contrat conclu, *intuitu personae*. Mais quelle est la situation des ayants cause, et surtout celle d'ayant cause à titre particulier ?

Pour le moment, nous nous occupons de la nature de la responsabilité, laquelle fait depuis assez longtemps l'objet de débats controversés. On peut distinguer, en ce qui concerne l'opinion jurisprudentielle, deux périodes :

Une qui prend fin, il y a vingt ans, à peu près vers

1911, c'est la conception de la responsabilité délictuelle ¹. Elle soutient qu'entre le transport de voyageurs et celui de marchandises, il y a une grande différence.

Dans le cas de ce dernier, c'est l'art. 1784 qui est applicable, tandis que dans la première hypothèse, c'est l'art. 1382 C. civ.

Mais, même dans cette première période, on trouve des arrêts et des auteurs qui manifestent une opinion contraire ² et qui débute par un arrêt de la Cour de cassation du 21 novembre 1911 ³. Cette disposition jurisprudentielle est suivie par une interminable série de jugements confirmatifs ⁴ qui établissent indiscutablement que la responsabilité d'une compagnie de transports est de nature contractuelle. Quant au fondement, à la structure juridique de cette responsabilité contractuelle, ou plutôt quant à la disposition législative, à l'article qui lui sert de base, il y a deux systèmes.

1. Paris, 16 avril 1886, S. 88.2.235, Rion, 27 janv. 1896, S. 1900.2.60 Douai, 23 janvier 1900, S. 1900.2.197; Saint-Etienne, 26 avril 1901, S. 1904.2.116; Riom, 30 janv. 1903, *Bul. ann. de chemins de fer*, 1904.2.13, 14; Alger, 18 mai 1906, D. 1910.5.43; Lyon, 7 déc. 1905; Bordeaux, 2 juillet 1906; Paris, 4 janv. 1907, D. 1910.2.375; Paris, 26 déc. 1908, *Gaz. trib.*, 20 février 1913.

2. Note sous l'arrêt du 10 nov. 1884, S. 1885.1.129, v. note de Chavegrin sous Paris, 31 janv. 1895, S. 1896.2.225 et Esmein sous Rouen, 3 déc. 1898, S. 1900.2.57, Paris, 27 juillet 1892, S. 1893.2.93, Aix, 24 juin 1896; *Rev. intern. droit maritime*, 1896-1897, p. 24; Gênes, 27 avril 1900, S. 1901.4.5.

3. 25 nov. 1911, S. et P. 1912.1.73.

4. Agen, 12 juin 1912, S. 1913.2.20, Paris, 9 oct. 1913, *Gaz. trib.*, 1913.2.366; Ch. civile, 27 janvier 1913, *Gaz. trib.*, 1913, I^{er} s. I. 31; Ch. req., 5 mars 1913, *Gaz. trib.*, 12 mars 1913, 26 nov. 1913, *Gaz. trib.*, 1914.2.92; Civ., 6 janv. 1914, D. 1916.1.118; Paris, 16 déc. 1915, *Gaz. trib.*, 1916.2.234; Paris, 2 juillet 1914, D. 1917.2.93; Req., 28 juin 1916; Civ., 6 févr. 1917, D. 1917.1.35; Req., 12 avril et 2 déc. 1918; Civ., 19 févr. 1919, D. 1919.1.45; Cass., 14 mai 1923; Cass., 6 nov. 1923, S. 1925.1.9 et la note de M. Esmein.

Le système qui fait appel aux principes de l'art. 1784, celui qui est applicable d'une manière générale, en cas de transport de marchandises, et enfin le deuxième système paraît l'avoir emporté, invoque l'art. 1147 C. civ.

Les conséquences qui découlent de cette nouvelle interprétation, de cette responsabilité contractuelle, sont multiples et assez importantes. Nous laissons de côté celles qui se réfèrent à la preuve et à la prescription, mais nous insistons sur une conséquence qui résulte de l'explication juridique extensive, qu'on trouve à la base de la dite théorie.

On croit que le transporteur s'oblige par le contrat qu'il fait, non seulement à transporter son client, mais à le conduire sain et sauf à destination.

Cette nouvelle et lourde charge qui pèse sur le transporteur soulève une question assez importante. En cas de non-remplissement de cet engagement tacite et sous-entendu de conduire le voyageur sain et sauf, qui peut demander la réparation des dommages causés au voyageur, qui a le droit d'invoquer le bénéfice du contrat de transport ?

Les ayants droit de la victime possèdent-ils une action directe en indemnité contre le transporteur ? Oui, c'est la réponse que donne la jurisprudence¹. Et parmi ses ayants droit, en dehors des ayants cause universels, nous trouvons également les conjoints. Est-ce que ces derniers sont de véritables ayants cause et, dans l'affirmative, de quelle catégorie font-ils partie ? D'après la jurisprudence, la catégorie à laquelle les arrêts font allusion ne peut être que celle d'ayant cause à titre particulier, dit

1. Grenoble, 15 mars 1931, D. 1922.2.25; Cass. civ., 21 avril 1913, S. 1914. 1.5; Cass. civ., 3 août 1919, D. 1919.1.46; Angers, 13 mai 1929, D. 29.2.161; *Gaz. Palais*, 1929.2.314; Cour de Paris, 5 fév. 1930. *Gaz. Palais*, 1930.1.639.

M. Rouast, dans une note du tribunal de Bourgoin sous Grenoble, 15 mars 1921 ¹.

En tous cas, il est certain que la jurisprudence assimile complètement du point de vue juridique les conjoints aux ayants cause.

Mais, maintenant, comment explique-t-elle le droit pour le conjoint d'agir contre le voiturier en vue d'obtenir réparation du préjudice que lui cause l'inexécution de l'obligation contractée par ce dernier de faire parvenir la victime saine et sauve à destination ?

a) Une explication invoque l'art. 1121, la stipulation pour autrui. On croit que le voyageur, en convenant avec le transporteur, a contracté pour lui-même et pour tous ses ayants cause. « Attendu, dit un jugement du tribunal civil de Bourgoin, que le contrat de transport d'une personne n'est pas simplement, comme celui d'un objet, d'une valeur incorporée dans un patrimoine, valeur qui passe tout entière dans la succession de celui qui la possède ; qu'il vise nécessairement toutes les forces matérielles et morales représentées par la personne transportée, c'est-à-dire une valeur productive qui n'a rien de commun avec celle de ses biens successoraux ; qu'il constitue donc une stipulation au profit de tous ceux qui ont un droit naturel et légal à bénéficier, non des biens, mais de l'existence de la personne transportée ². » Cette explication a été considérée comme une fiction arbitraire car on ne peut pas aller jusque-là et croire que le voyageur a eu en vue et a pensé au moment de la conclusion de ce contrat « à sa femme, à ses enfants, voire à ses petits-cousins ³. »

1. Rouast, note citée sous l'arrêt, D. 1922.2.25.

2. Trib. de Bourgoin sous Grenoble, 15 mars 1921, D. 922.2.25.

3. Josserand, note sous Angers, 13 mai 1929, arrêt cité.

b) Ensuite on se réfère, et c'est le moyen le plus pratique, à l'art. 1122. C'est d'ailleurs la suite logique de la conception qui a prévalu dans la jurisprudence, que les ayants droit de la victime, sa femme et ses enfants, ne sont pas des tiers par rapport au contrat de transport ; que, donc, l'art. 1165 ne leur est pas applicable¹ ; qu'ils sont compris dans les termes de l'art. 1122.

Contre cet argument, s'oppose d'abord la nature même du contrat de transport. Ce contrat est exclusivement attaché à la personne, et par suite logique, le voyageur est réputé avoir uniquement stipulé pour lui-même, à l'exclusion de tous ses ayants droit, même à l'exclusion de ses héritiers.

Enfin nous avons vu que, généralement, le conjoint est considéré comme un ayant cause particulier et, dans une autre occasion, nous avons démontré que l'art. 1122 ne se réfère pas à ce dernier. Alors la conclusion logique est que l'action attribuée à la veuve n'est pas explicable juridiquement par l'art. 1122, ces deux exceptions légales à la règle *Res inter alios acta*, n'étant justifiées ni par l'art. 1121, ni par l'art. 1122, il en suit que cette règle est encore une fois de plus renversée².

c) EFFET PASSIF A L'ÉGARD D'UN AYANT CAUSE PARTICULIER
D'UNE CONVENTION QUI EST POUR LUI *Res inter alios*.

Mais envisageons maintenant les choses du côté passif et examinons l'effet d'une convention qui a créé une obli-

1. Grenoble, 15 mars 1921, D. 22.2.25 cité.

2. V. Petresco, *Les droits des parents de la victime en cas d'accidents de transport*, Paris, 1931, p. 129.

gation relative à la chose, objet du dit contrat, chose qui a été transmise à l'ayant cause particulier.

La doctrine, comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir, s'est longuement expliquée sur ces cas. Elle déclare que l'obligation ne passe pas à l'ayant cause à titre particulier. Parmi les arguments fondamentaux de sa thèse, c'est d'abord le texte de l'art. 1122 et ses termes catégoriques. On est censé avoir stipulé, on n'est pas censé avoir promis. Mais cet argument n'est pas très solide. La nouvelle tendance doctrinale relativement à l'interprétation du mot stipulé est que, par ce terme, il faut entendre contracter.

Ensuite, la doctrine fait une comparaison avec l'art. 871 qui, en matière de succession relativement au paiement des dettes, établit que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes et charges.

Nous avons vu, *in extenso*, au commencement de notre travail cette conception doctrinale, il nous reste maintenant à analyser l'opinion jurisprudentielle.

On peut dire qu'il y a deux étapes, deux périodes, dans la conception jurisprudentielle.

α) *Première période.*

La plus ancienne, la plus longue, et qui est sur le point d'être remplacée, est la conception qui confirme la manière de voir de la doctrine. Elle déclare nettement que l'ayant cause à titre particulier n'est pas, de plein droit, tenu des obligations de son auteur, même quand elles se réfèrent au droit transmis.

a) Ainsi, le fait d'avoir acquis et d'être simple débiteur de l'actif mobilier ou immobilier, d'avoir acheté tout

le matériel d'une société n'engendre contre le détenteur aucune obligation personnelle de payer la dette du vendeur¹.

b) L'acquéreur d'une chose promise antérieurement à une autre personne ne peut être obligé par cette dernière au délaissement du bien, et ni même être tenu à la réparation de dommages-intérêts². Donc, cette obligation de faire — la promesse de vendre — ne peut être imposée à l'ayant cause à titre particulier. Et c'est logique, parce que ce dernier est un *penitus extraneus* à l'égard de cette opération juridique.

c) De même, la clause insérée dans un partage d'ascendant et selon laquelle un des copartageants ne peut aliéner qu'après avoir préalablement offert l'échange à ses copartageants n'a aucun effet contre l'acquéreur ou un cessionnaire d'un de ces biens. Cette clause donne naissance à une obligation personnelle, à une obligation de faire dont la violation aux termes de l'art. 1142 C. civ. se résoud en dommages-intérêts.

« Par ses caractères d'obligation personnelle, elle doit être exécutée par la seule personne qui l'a contractée et non par un tiers, même s'il s'appelle ayant cause à titre particulier³. »

En sens contraire se prononce la Cour de Riom, dans une espèce sinon identique, du moins très semblable.

Il s'agissait de la stipulation d'un pacte de préférence dans l'acte de vente d'un immeuble, au profit du vendeur. Elle déclara que cette obligation prise par l'acheteur n'était pas une obligation personnelle et n'était pas

1. Ch. civ., 18 déc. 1844, D. 45.1.15.

2. Ch. civ., 9 juillet 1834, S. 34.1.741.

3. Limoges, 1^{er} juillet 1840, S. 41.2.8.

un simple droit personnel pour le vendeur. C'était un droit réel, opposable à tout le monde, et donc aux acquéreurs postérieurs.

De cette promesse de préférence, il résulta non seulement une action personnelle contre celui qui s'était obligé, mais encore une action en subrogation contre le nouvel acheteur qui pouvait être évincé, mais moyennant le remboursement de son prix d'acquisition¹.

d) Egalement, le droit qu'une personne, un créancier possède pour annuler ou révoquer une donation comme étant faite en fraude à ses intérêts ne peut nuire aux tiers qui ont acquis de bonne foi et par un moyen légal (vente ou constitution de dot) les objets de cette donation².

L'annulation de la donation n'entraîne pas l'annulation de la vente ou de la constitution de la dot.

On a jugé aussi que le droit d'exploiter une carrière est un droit mobilier, qui n'est opposable qu'à la seule personne qui l'a constitué, c'est une simple créance qui ne lie que les parties contractantes et qui ne peut avoir aucun effet à l'égard d'un ayant cause à titre particulier, d'un acquéreur de l'immeuble sur lequel est située la carrière. Et c'est logique, cette obligation de subir la dite exploitation ne peut être considérée comme affectant l'immeuble, comme une véritable servitude, suivant le fond auquel elle s'attache, entre les mains de tout tiers détenteur. Mais il en est autrement dans l'hypothèse où l'acquéreur a été assujetti à cette obligation par une clause de son contrat.

1. Riom, 30 juin 1843, S. 44.2.343 V. en même sens Cour royale de Grenoble, 11 mai 1827, S. 27.2.244.

2. Paris, 11 juillet 1829, S. 30.2.16; Cass., 24 mars 1830, S. 30.1.252. Ch. req., 6 juin 1849, S. 49.1.481.

L'adjudicataire d'un terrain où s'ouvre une carrière concédée est tenu de respecter son exploitation lorsqu'il s'est engagé à cet effet dans les stipulations de son acte d'acquisition ¹.

e) Les acheteurs successifs d'un tableau ne sont nullement liés par la déclaration que le vendeur originaire aurait pu faire au sujet de certaines qualités de ce tableau et spécialement sur le point de savoir quel en est l'auteur ; c'est ainsi que statue la Cour de cassation. De cette affirmation résulte une obligation personnelle pour la partie qui l'a faite, et non pour les autres, même pour les ayants cause particuliers ².

f) Dans le même ordre d'idées, et en confirmant l'opinion doctrinale qu'une obligation n'est transmissible à l'ayant cause particulier qu'autant qu'elle a pour conséquence le fait d'agrandir ou de diminuer la chose transmise, en un mot, de modifier le droit transféré, la Cour d'Amiens vient de statuer que la clause d'interdiction d'exploiter des cendres minérales dans la propriété acquise, obligation prise par un acquéreur pour ne pas faire concurrence au vendeur qui, lui, exploite des produits analogues, est une charge personnelle. On ne devrait voir dans la clause litigieuse qu'une charge personnelle qui ne peut profiter aux possesseurs actuels de l'héritage ni grever les ayants cause ³.

g) Dans le cas où la clause d'un bail porte qu'à l'expiration du bail le domaine sera mis en vente ou, à défaut d'un commun accord, estimé amiablement par

1. Ch. req., 29 novembre 1864, D. 65.1.296.

2. Ch. req., 23 décembre 1891, D. 92.1.409.

3. Cour d'Amiens, 19 février 1851, D. 51.2.109.

deux experts choisis par les parties, la plus-value résultante sera partagée par moitié entre le bailleur et le preneur. On a jugé que cette clause donne à ce dernier un droit de nature personnelle et qui correspond à une obligation, cette dernière étant exécutable envers le bailleur seul et non opposable à un acquéreur du dit domaine ¹.

h) La Cour de cassation, dans un arrêt de date assez récente, déclare textuellement que le successeur ou ayant cause à titre particulier n'est pas tenu de plein droit et, comme tel, directement, des obligations personnelles de son auteur ; que ce principe s'applique même aux conventions que ce dernier aurait passées par rapport à la chose formant l'objet de la transmission ².

β) *Deuxième période.*

Nous avons exposé ces quelques cas simplement à titre énumératif. Ils suffisent à caractériser la conception de la première période, qui est sur le point d'être remplacée par une autre opinion, dont l'apparition remonte à une date assez lointaine, mais qui n'a reçu de considération juridique que dernièrement, par quelques décisions qui apportent sinon une importante atteinte, du moins un sérieux trouble à la doctrine enseignée.

Mines.

1° *Mines.* — C'est premièrement, en matière de mines, que la jurisprudence s'est prononcée dans ce nouveau

1. Ch. civ., 26 février 1901, D. 1904.1.621 et la note 3.

2. Civ., 15 janvier 1918, D. 1918.1.17 et la note 6.

sens suivant lequel une obligation même personnelle est transmissible aux ayants cause particuliers.

Pour mieux saisir l'intérêt de cette décision, le changement qu'elle détermine, rappelons en quoi consiste l'espèce, le problème de droit sur lequel la jurisprudence est intervenue. On considère à l'heure actuelle, et depuis longtemps, que le concessionnaire d'une mine est obligé de répondre des dommages causés à la surface par l'exploitation. C'est une responsabilité d'ordre jurisprudentiel¹.

En vue d'écarter cette charge, le concessionnaire recourt souvent à une convention pour s'exonérer de cette obligation qu'il supporte généralement, même dans le cas où aucune faute ne peut lui être attribuée. Cette convention d'exonération, il l'a faite avec le propriétaire actuel de la superficie.

La question juridique n'a pas porté sur la validité et la légalité de cette clause « de non-garantie », mais sur sa nature, sur ses effets.

Par rapport au propriétaire, est-elle une obligation ou une servitude ? A-t-elle un caractère personnel ou réel ?

La réponse de la jurisprudence n'est pas précise. Tantôt elle déclare que cette stipulation constitue une servitude, une charge réelle qui suit le fond aux mains des tiers détenteurs, tantôt elle pense que cet engagement pris par le propriétaire de ne réclamer aucune indemnité à cause des dommages provoqués par le concessionnaire est une obligation personnelle transmissible aux ayants cause par l'effet de l'art. 1122 C. civ.

1. Req., 16 nov. 1852, D. 53.1.189, 3 fév. 1857, D. 57.1.193, Req. 8 juin 1869, D. 70.1.147; Civ. cass., 18 juin 1883, D. 83.1.413; Civ., 21 juillet 1885, D. P. 86.1.336 et Civ., 11 mars 1896, D. 96.1.323 et la note de M. Tissier; sous Cass., 12 déc. 1899, S. 1901.1.497.

Il y a des cas où la jurisprudence même est très confuse et arrive à adopter et à invoquer à la fois les deux conceptions possibles.

Ainsi, la Cour de Dijon, dans un arrêt du 30 décembre 1896, affirme qu'une clause d'exonération est opposable aux sous-acquéreurs successifs, que la dite clause est un droit réel *sui generis*, « s'imposant par sa nature même. Qu'en supposant même qu'elle ne créât qu'une simple obligation personnelle, elle n'en serait pas moins transmissible, en vertu de l'art. 1122, aux ayants cause des acquéreurs primitifs ¹. »

Cette décision, qui justifie le transfert de l'obligation, basée sur l'art. 1122, invoque de plus :

« Attendu que la convention par laquelle l'acquéreur de la superficie s'engage envers le propriétaire d'une mine, son vendeur, à ne réclamer aucune indemnité pour les dommages que pourra causer à la surface l'exploitation régulière de la mine, n'est autre chose qu'une renonciation à l'un des attributs du droit de superficie et constitue ainsi une restriction de ce droit au profit de l'exploitant. »

2° *Fonds de commerce*. — Mais c'est en matière de cession de fonds de commerce, sur l'effet passif d'une sous-convention de non-concurrence, que la discussion présente un plus grand intérêt et c'est en cette matière que la jurisprudence ² a admis la solution qui forme un démenti catégorique à la doctrine enseignée par Demo-

1. Dijon, 30 décembre 1896, D. 98.2.100; voir conf. Cass., 12 décembre 1899, S. 1901.1.497, D. 1900.1.361.

2. Paris, 13 novembre 1883, S. 1884.2.40; Cour d'Aix, 1^{er} février 1873, D. 74.5.309 v.; Angers, 20 juin 1888, *Annales de droits commerciaux*, 1888.1.231.

lombe, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et toute la doctrine classique.

C'est ici que la jurisprudence, semble-t-il, a détruit cette distinction célèbre faite par MM. Aubry, Rau et Laurent ; en déclarant que la convention de non-rétalement et de non concurrence etc., n'est pas personnelle aux contractants, et qu'elle s'étend à leurs successeurs et ayants cause, cette dernière expression se référant aux successeurs particuliers du promettant ou stipulant.

Sur leurs considérants règne la même incertitude, la même hésitation qu'en cas de transmission active : a) L'art. 1122 ou b) l'idée d'une charge réelle. C'est cette dernière qui l'a emporté, c'est elle qu'on invoque dans les décisions toutes récentes.

L'idée d'une servitude chargeant l'établissement se fait jour de bonne heure dans la jurisprudence.

En 1873, la Cour d'Aix, arrêt cité, disait : « La convention par laquelle un locataire s'engage, pour le cas où il quitterait les lieux loués, à n'établir son industrie qu'à une certaine distance constitue une charge du fonds de commerce, qui doit être respecté par tous les acquéreurs successifs. » Un arrêt du 20 juin 1888 est même plus catégorique dans le sens que l'interdiction d'exercer une certaine branche de commerce s'impose aux successeurs à titre particulier, comme une servitude qui grève le fonds lui-même, en le suivant dans toutes les mains où il se trouve.

Mais, paraît-il, ces arrêts ne sont pas des décisions capables de faire jurisprudence, ce sont plutôt des cas isolés, des jugements d'espèces, motivés par l'interprétation plus ou moins exacte de la volonté des parties et par

des considérations d'utilité, et sous la pression d'une nécessité qu'un désir d'équité rendait plus impérieuse.

C'est pour cela que la Cour de Lyon vint apporter une solution complètement contradictoire¹.

Cette décision est d'autant plus intéressante et plus importante qu'elle affirme qu'une obligation de non-concurrence n'est pas même opposable ni aux héritiers, ayants cause à titre universel, etc. Et alors si un héritier, un successeur universel ou à titre universel qui, d'après la doctrine et la jurisprudence, est considéré comme tenu des charges, dettes de son auteur et pour lequel on soutient que l'art. 1122 est parfaitement applicable en produisant à l'égard de lui tous ses effets passifs et actifs n'est pas tenu de cette obligation de non-établissement ; c'est d'autant plus vrai pour un ayant cause à titre particulier. Cette décision nous prouve deux choses :

1° L'idée de servitude est écartée ; 2° que l'obligé, le vendeur du fonds de commerce n'est considéré avoir contracté que pour lui seul. Donc l'inapplicabilité de l'art. 1122.

D'ailleurs, dans les considérants du tribunal de commerce de Saint-Etienne qui sont confirmés par la Cour à l'égard de cette obligation de non-établissement, il est dit que « la défense qu'il (le vendeur) s'était faite à lui-même, il n'a pu l'imposer à ses héritiers ou représentants ». C'est le point de vue que défend et affirme la Cour de Douai, dans une espèce semblable et dans la même matière de fonds de commerce, en statuant qu'une convention restrictive de la liberté du commerce doit être interprétée strictement. » Une stipulation pareille doit

1. Cour de Lyon, 23 juillet 1896, S. 97.2.263.

être considérée come faite *intuitu personæ* et sans prévision des acquéreurs futurs ¹. »

Donc, cette obligation ne passe pas de plein droit aux divers successeurs à titre particulier, acheteurs, concessionnaires d'un fonds de commerce.

Il faut, pour que ces derniers soient contraints à exécuter cet engagement, qu'il leur soit imposé à l'occasion du transfert des objets auxquels ils succèdent. Il faut, en d'autres termes, que la dite obligation reçoive leur consentement au moins d'une manière tacite. C'est la conclusion d'un arrêt de date relativement récente (du 15 janvier 1908) ² intervenu dans l'espèce suivante : Les commerçants de la ville de Saulieu, en l'espèce les bouchers et les charcutiers, se sont interdit de vendre le dimanche et se sont engagés à fermer leurs magasins le dit jour. Un des adhérents à cette convention cède postérieurement son fonds, sans imposer au cessionnaire l'exécution de son engagement. Comme ce dernier laisse ouvert le magasin le dimanche, les autres commerçants protestent et lui intentent un procès devant le tribunal civil de Semur qui, par jugement confirmé ensuite par la Cour de Dijon, se prononce ainsi en ce qui concerne le dit cessionnaire et son obligation. « Il est indiscutable que X... (le contrevenant), étranger au contrat, peut légitimement tenir son magasin ouvert le dimanche, ainsi qu'il le fait ».

C'est une interprétation juste et précise des articles 1134 et 1165, c'est un respect et une mise en application de la règle *Res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest*. La nouvelle tendance jurisprudentielle, celle

1. Douai, 4 décembre 1900, D. 902.2.187.

2. D. 1911.2.128.

qui trace la voie à l'interprète, est dans le sens opposé. Elle a pris le caractère d'une décision de principe, quoi qu'on la considère comme n'ayant dans son appui ni le souci d'une plus juste interprétation des principes qui nous gouvernent, ni la logique elle-même. Evidemment, il y a des intérêts dignes d'être défendus, une certaine utilité d'ordre privé à notre avis, qui peuvent être invoqués en sa faveur.

En tout cas, il nous semble qu'elle constitue une des occasions qui se présentent souvent à l'époque, confirmant que le principe de droit change, qu'il n'est pas le produit du législateur, qui reste immobilisé dans sa formule, qu'il est, au contraire, la résultante des intérêts et des circonstances matérielles et morales, essentiellement variables.

Cette conception qui a déterminé l'étonnement et l'attaque de la plupart des auteurs, surtout des juristes appartenant à l'école classique, vient de décider par un célèbre arrêt de la Cour de Rouen, que l'obligation prise par l'acheteur d'un fonds de commerce, passe au sous-acquéreur du fonds, *ipso jure*.

Quant aux motifs de droit qui justifient sa décision, ils présentent, la même équivoque, la même incertitude :

a) L'application de l'art. 1122 : « L'acheteur est réputé aux termes de l'art. 1122, avoir stipulé pour lui et pour ses ayants cause. »

b) et ensuite, l'ancienne idée que cette obligation de non concurrence, n'est pas un droit personnel, mais un droit réel, et (chose bizarre), un droit réel mobilier.

« Attendu, dit la Cour de Rouen, que certains des droits incorporels, dont l'ensemble joint aux droits corporels constitue le fonds de commerce, peuvent être affectés

de modalités diverses, telle en l'espèce la condition de ne point exercer dans un temps déterminé et dans un lieu circonscrit une branche commerciale envisagée, et la défense acceptée par les acheteurs d'exercer un commerce similaire, impliquant pour les parties l'intention de supprimer tout risque de concurrence non seulement de la part des acheteurs au contrat, mais encore de tous les exploitants éventuels du fonds cédé; qu'il s'ensuit que les droits ainsi convenus constituent non une obligation personnelle à la charge des vendeurs, obligation dont la cession à des tiers eût dû être expressément stipulée, mais un droit mobilier qui s'exerce de façon absolue à l'égard de tous les exploitants successifs du fonds cédé.¹. »

Cet arrêt a fait l'objet d'un examen juridique, et d'une critique savamment argumentée, de la part de M. Lepar-gneur, dans une note au Dalloz 1927, deuxième partie, à la page 172.

a) Sur le premier considérant, il arrive à la même conclusion que nous : *Inapplicabilité de l'art. 1122*.

Bien sûr, ses arguments diffèrent des nôtres. Il se fonde dans la justification de sa fin de non-recevoir sur la traduction du terme « stipulé ». Il signifie, déclare-t-il devenir créancier par le moyen d'une convention. Donc, d'après lui, l'art. 1122 peut nous rendre créancier, mais nullement débiteur.

Nous avons longuement insisté sur cette question et à notre avis « stipuler » ne peut avoir que le sens général de contracter. Mais, dans l'art. 1122, n'entrent que les

1. Cour de Rouen, 28 novembre 1925, S. 1925.2.125, D. 1927.2.172; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, p. 145, *Gaz. Pal.*, 29 janvier 1925.

héritiers et les ayants cause universels. Les ayants cause à titre particulier sont étrangers à cet article, comme à toute convention conclue par leur auteur avec d'autres.

b) Sur le deuxième argument de la Cour de Rouen, l'existence d'un droit réel mobilier, la critique de M. Lépargneur, est plus sévère, elle est d'ailleurs si juste que nous l'adoptons sans réserve. Mais avant de voir en quoi consiste cette critique, nous passons à un autre cas, motivé en droit par la même considération, que l'obligation est une charge réelle, une servitude.

Nous voulons retracer d'une manière générale les faits sur lesquelles la jurisprudence vient de statuer¹, pour rendre plus compréhensible la question de droit.

Il s'agit en l'espèce de l'existence de cette obligation commerciale, que le vendeur de certains objets et marchandises impose aux acheteurs, par exemple de vendre ces dits objets à un certain prix — dans le but de maintenir et de favoriser le profit de leur industrie.

Cette clause a été considérée par la jurisprudence en vertu de l'art. 1134 comme légale².

Son effet est général, il s'étend non seulement à l'acquéreur primitif, mais à tous ceux qui postérieurement ont acquis la marchandise, à laquelle était indiqué un prix de vente, du moment qu'ils ont pu connaître la condition imposée à leur vendeur³.

1. Cour de Rouen, 29 février 1928, *Gaz. Pal.*, 25 avril 1928; Trib. com. Seine, 17 nov. 1928; *Rec. Gaz. Trib.*, 1929, 1^{er} semestre 2.70 et la note; Trib. Strasbourg, 14 D. 1928; *Rec. Gaz. Trib.*, 1929, 2^e s. 2.33. V. Henri Lalou, *Dalloz hebdomadaire*, 1929, *Chr.*, p. 77 et s.

2. Voir la note de M. F. G. sous S. 1929.2.57.

3. Cass. req., 3 mai 1920, S. 1921.1.158; Trib. commerce de la Seine, 30 déc. 1926; *La Loi*, 10 février 1927; Rouen, 29 février 1928, S. 1929.2.57 et la note; Cour de Paris, 22 avril 1932, *Gaz. Tribunaux*, 2^e partie, p. 283, 11 mai 1932.

Cette décision invoque les arguments suivants :

1° Premièrement l'art. 1122, l'acheteur primitif, avait représenté ses ayants cause. Argument faible, critiquable pour les raisons exposées.

2° Stipulation pour autrui tacite. L'acquéreur originaire s'est obligé pour soi et ses ayants cause.

Ensuite, l'acheteur postérieur, a accepté implicitement, par l'acquisition qu'il a faite. C'est donc l'art. 1121.

Mais cette raison est aussi peu juridique que la première. Conformément à l'art. 1121 on peut rendre le tiers créancier, et non débiteur, on peut contracter en son nom quand il s'agit d'un profit et non d'une perte. Comme dit M. Demolombe, dans l'art. 1121, le mot « stipuler » a son sens spécifique, devenir créancier. Il n'a pas la signification générale, de contracter.

3° Ensuite, on croit que cette obligation imposée par le vendeur, devient réelle, une charge, une servitude, un véritable droit réel, évidemment, de nature mobilière.

Contre ce dernier argument, nous dirons avec M. Lepargneur et avec la doctrine entière que les droits réels ont été établis d'une façon limitative par le législateur, sans que les particuliers aient le droit d'en créer de nouveaux¹.

Quoique, en pure théorie, une convention ne soit pas productive de servitude, la tendance nouvelle est dans le sens adverse. Par ce nouveau système, on porte atteinte aux principes bien établis dans notre législation, comme a) la nature et b) la naissance du droit réel, et à l'effet relatif des conventions, mais on satisfait l'harmonie sociale et peut-être l'équité.

¹. Lepargneur, note sous Rouen, 28 novembre 1925, D. 1927.2.172. arrêt cité; Colin et Capitant, t. I, p. 103; Civ., 27 novembre 1907, D.1908.I.460.

Avant de passer à la conclusion de notre travail, nous tenons à dire qu'au commencement, nous avions l'intention d'examiner aussi, « la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation » et, « l'effet obligatoire d'une faute contractuelle à l'égard des tiers », ainsi que leur conciliation avec la lettre et surtout avec l'esprit de l'article 1165. Les événements sont seuls coupables, d'avoir empêché la réalisation de notre désir. D'ailleurs nous pensons qu'on peut se faire une idée juste de la transformation profonde, que la jurisprudence a apportée à la règle *Res inter alios acta*, d'après les quelques cas examinés ci-dessus, dans la matière du droit civil.

CONCLUSION.

Après cet examen de la règle que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent et ne profitent pas aux tiers », dans quelques-uns des multiples cas où elle se manifeste dans les rapports juridiques, si complexes et si variés, de la vie sociale; après avoir suivi l'interprétation variée, évolutive et finalement extensive que lui a donnée la jurisprudence à laquelle l'article 1165 doit d'être complètement transformé dans sa lettre, comme dans son esprit; nous voulons conclure et insister *autant que possible*, sur la véritable portée de cette règle, sur la formule que pourrait nous présenter aujourd'hui le principe concernant l'opposabilité des obligations et la signification qu'il a acquise trait à trait, au cours des débats judiciaires, depuis plus d'un siècle.

Ainsi donc, notre conclusion portera :

1° Premièrement, sur la rédaction littérale de l'article 1165, sur les termes qui peuvent correspondre à l'esprit actuel de notre règle. Ce sera la partie principale et en même temps la plus difficile à établir.

2° Deuxièmement, sur deux autres points, intimement liés avec le premier, puisqu'ils en résultent, et qu'ils ne sont que des conséquences accessoires découlant elles

aussi de notre enquête sur l'application du principe *Res inter alios acta*, dans la matière du droit privé. Ces deux conséquences sont : a) Le changement d'un principe juridique, sa transformation sous l'influence du milieu, des intérêts, des mœurs, etc. ; b) Le rôle de la jurisprudence dans cette modification des règles du droit, la manière dont elle procède pour soumettre plus efficacement les principes juridiques à la loi naturelle de l'évolution.

1° *L'article 1165.*

La règle que nous présente l'art. 1165 a fait l'objet de nombreuses concessions successives, de la part des pouvoirs judiciaires, en ce qui concerne son contenu primitif rigoureux. Evidemment, tout de suite après la codification et dès le moment où elle a dû être appliquée pratiquement, elle est apparue très étroite, sa formule a semblé exagérée.

Son cadre a dû être élargi, sous la pression de nécessités qui sont, à notre avis, plus fortes que les principes, pour embrasser tous les faits neufs, qu'une transformation économique faisait naître, au fur et à mesure qu'elle avançait dans la voie du progrès.

Tour à tour sa formule, prend, par le changement du milieu social, par une digne préoccupation et considération de la justice et de l'équité, une grande extension comme le ballon, qui, par l'introduction de l'air, augmente de volume.

La jurisprudence est vite arrivée à rejeter la deuxième notion juridique comprise dans l'article 1165, que « les conventions ne nuisent et ne profitent pas aux tiers ».

Il était naturel que dans la vie en société où tout est

lié, où il y a une certaine solidarité, où les individus dépendent l'un de l'autre, une opération juridique ne pût exister sans produire un avantage ou désavantage. L'existence même d'un droit pour une personne est une limite à l'absolutisme du droit d'autrui.

Voilà comment de ce fait, naît un certain préjudice, sinon matériel, du moins moral. C'est une conséquence inévitable, comme nous l'avons dit, de la nouvelle conception qu'il y a entre les hommes, une interdépendance créée par les faits¹. Ils sont libres, mais ils ne sont pas complètement indépendants ; ils ne sont pas isolés.

Nous avons vu, comment la jurisprudence, pour la satisfaction de principes de haute moralité et d'équité, est venue sanctionner l'enrichissement sans cause.

Par l'admission de l'action de *in rem verso*, un homme est obligé à faire quelque chose, à restituer le plus souvent une somme d'argent, quoique il n'ait pas commis de faute et qu'il n'ait pris volontairement aucune obligation. On a soutenu, comme nous l'avons vu, que la nouvelle action est basée sur l'enrichissement, que c'est une action indépendante, mais elle est néanmoins un démenti exprès, qu'un acte ne peut nuire ou profiter qu'à celui qui l'accomplit.

D'ailleurs, la majorité des auteurs considèrent de bonne heure que pas même le législateur n'a pu penser qu'une convention ne puisse produire indirectement un profit ou une perte pour autrui. Notre avis sur ce point est contraire, pour des considérations que nous avons longuement exposées.

Mais une chose est indiscutable, c'est que, vers le mi-

1. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 485.

lieu du XIX^e siècle, la juste formule et la véritable signification de notre principe était dans ce sens « que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » qu'elles n'obligent pas un tiers et ne lui procurent pas de droit.

Dans la doctrine récente, nous trouvons exposées quelques opinions dans ce sens.

M. le professeur Wahl, dans une note sous les arrêts : Amiens, 7 décembre 1902, et Paris, 27 mai 1903, donne le commentaire suivant : « L'article 1165 C. civ., dit simplement que les conventions « n'ont d'effets », il interdit de réclamer aux tiers l'exécution de l'une des obligations résultant du contrat, comme il interdit aux tiers de réclamer eux-mêmes cette exécution¹. »

Donc, les termes de l'art. 1165 se réfèrent à l'effet obligatoire et non à l'avantage ou désavantage quelconques qu'une convention peut produire.

A la même époque, en 1904, M. Juille, dans sa thèse de doctorat sur l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers, s'occupe particulièrement du sens dudit article.

Il le traduit dans le même sens que M. Wahl, quoique en termes différents :

« Le sens véritable de l'article 1165, dit-il, est : l'acte ne peut empiéter sur le domaine d'autrui, affecter directement, soit en mal, soit en bien, le patrimoine des tiers. »

Plus loin il poursuit :

« L'article 1165 détermine le cercle hors duquel la volonté des parties est impuissante, en conclusion, lorsque l'article 1165 dispose que les conventions ne nuisent

1. Wahl, note sous S. 1903.2.257, arrêt cité.

2. Juille, *Effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, p. 167.

et ne profitent, il n'a pas en vue un avantage ou un préjudice, les effets de l'acte ne peuvent consister que dans les modifications du patrimoine des parties. »

La nouvelle définition donnée par M. Juille, et qui dans une certaine mesure permet de concilier la conception individualiste, spécialement dans sa position juridique de la toute-puissance et de l'autonomie de la volonté et à laquelle restent encore attachés la plupart des auteurs, avec la nécessité impérieuse de trouver des solutions applicables aux fluctuations de la vie sociale, à des cas qui démentent catégoriquement la force et la prétendue loi du contrat. Grâce à cette qualité, elle a été empruntée par la doctrine en sa majorité, qui la considère comme une interprétation d'une vérité indiscutable.

A notre avis cette formule assez large par rapport à celle dans laquelle notre règle nous a été offerte par le législateur de 1804, ne correspond pas à la réalité des choses. Mise à l'épreuve des faits, on arrive à un résultat négatif. L'examen que nous avons poursuivi dans quelques espèces du droit privé, nous a fourni de si nombreuses et importantes exceptions, des atteintes prononcées à la règle, dans sa formule modifiée, que nous nous demandons ce qu'il nous est encore resté de cette terrible maxime d'origine romaine ?

Confirme-t-on la formule fournie par M. Juille, l'obligation du tiers acquéreur d'un bien dotal, aliénable à charge de remploi ?

Dans cette hypothèse, y a-t-il ou n'y a-t-il pas « un empiètement » sur le domaine d'autrui ?

Voilà comment l'obligation d'aliénabilité imposée par

le donateur ou par la femme « affecte » le patrimoine d'un tiers.

C'est un cas où la volonté des parties contractantes n'est pas encadrée par un cercle hors duquel elle devient impuissante, car elle peut mettre à la charge d'un tiers une obligation de faire, en l'espèce, la surveillance du emploi.

Et d'ailleurs ce n'est pas l'unique dérogation. Nous avons vu que par l'action directe — admise par la jurisprudence, dans diverses matières de droit privé, — une personne peut s'adresser à un tiers, pour le contraindre à exécuter une obligation que cette personne a contractée avec une seconde. Dans ce cas, il n'y a pas une négation de la règle, dans sa forme nouvelle et dans son contenu modifié ?

Ensuite, comment le concessionnaire d'un service public, par exemple, celui de gaz, de l'électricité, de transport, et., peut-il par un accord avec l'autorité concédante, imposer aux tiers l'augmentation du prix, élément essentiel du contrat qu'ils ont conclu avec lui, contrat qui consiste dans la police d'abonnement ? Comment cette modification du prix, œuvre d'autrui, peut-elle avoir effet contre les abonnés ? Comment ce relèvement du tarif peut-il s'imposer à eux, à l'insu et contre leur volonté ? Et les exemples sont nombreux et sérieux, où le patrimoine du tiers est affecté en mal, par l'acte d'une tierce personne.

M. le professeur Josserand prétend donner une explication juste à ces divers cas de dérogation à l'article 1165. Ces exceptions, déclare-t-il, ne sont pas vraiment effectives en ce sens que les effets que nous venons d'énumérer et qui se produisent dans la personne du tiers, ou bien

ne se réalisent qu'indirectement et par contre coup (contrat de mariage) ou bien n'ont pas été voulus par les parties contractantes.

Mais cette thèse, qui veut à tout prix défendre l'intégrité de l'art. 1165, n'a pas la chance d'être confirmée par la jurisprudence et d'être juste. L'argument soutenu par M. Josserand, et qui consiste en ce qu'une exception, si elle se produit par contre coup, indirectement ou involontairement n'est pas une exception, ne nous paraît point convaincant.

La règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes est méconnue, du moment que les contractants peuvent obliger effectivement par leur convention un tiers, même s'ils n'ont pas connu cette personne.

Et d'ailleurs, il y a des cas où la personne contre laquelle une convention étrangère produit ses effets, est connue et déterminée antérieurement. C'est le cas des abonnés à un service public, et dont le patrimoine sera affecté par le paiement d'un supplément, produit d'une convention intervenue entre le concédant et le cessionnaire.

Les exceptions apportées sont véritables, effectives, et leur nombre croît chaque jour, si bien que l'on est porté à croire à un complet abandon de cette règle, que Pothier considérait comme « l'évidence même ».

Mais, dans ces conditions, il est sinon impossible, du moins très difficile, de donner une formule qui pourrait traduire le véritable sens de cette maxime ; c'est également imprudent, parce que la définition donnée, aura toutes les chances d'être infirmée demain, par la jurisprudence, dans son œuvre d'assouplissement du texte.

On peut toute de même suggérer la formule qui se dégage pour l'avenir, formule qui est en préparation aujourd'hui. C'est la conclusion à laquelle notre méthode devait nous conduire inévitablement. Demain et spécialement demain le nombre des personnes, parties contractantes sera beaucoup plus grand ; par parties contractantes, on va entendre, en dehors de ceux qui ont pris effectivement et juridiquement part à la convention et ceux qui y ont été représentés, tous ceux qui ont eu, ou auront un rapport de droit quelconque avec le droit ou avec l'obligation résultant d'un contrat, ceux qui sont devenus propriétaires de la chose, qui fait l'objet du droit ou de l'obligation de la dite convention, comme ceux qui — par leur fait — mettent ou mettront un obstacle et un empêchement à l'exécution de cette dernière. Cette dernière catégorie d'obligés ou d'ayants droit, nous la trouvons même aujourd'hui, toujours quand l'intérêt, l'utilité sociale et l'équité seront en cause.

La règle *Res inter alios acta*, dans un avenir proche à notre avis, ne sera plus exacte qu'à l'égard de ceux qui ne viennent, en contact juridique, ni par leur patrimoine, ni par leur activité, avec la chose, le droit ou l'obligation découlant d'une convention étrangère à leur consentement.

Mais ce cas, dans notre société actuelle si complexe, où les individus sont liés comme les molécules dans l'organisme physique, est tellement rare, que nous nous demandons si cette règle, a encore une raison d'exister.

On peut dire, que le droit, comme l'obligation, tendent à présenter un caractère neuf, un caractère de réalité. C'est, comme la jurisprudence nous l'offre, la tendance nouvelle à transformer le droit mobilier et l'obligation

même, en droit réel, en véritables servitudes, mais sous une réserve, que par l'effet produit, effet digne de toute considération, l'utilité sociale, soit satisfaite ainsi que l'équité.

2° *L'évolution des principes juridiques.*

La modification indéniable et presque intégrale, que les pouvoirs judiciaires ont apportée sous la pression de nécessités nouvelles et impérieuses à la lettre et à l'esprit de l'article 1165, nous prouve plusieurs choses :

a) Une atteinte sérieuse et même destructive, a été portée à l'individualisme, qui, né des philosophes des ^{xvii}e et ^{xviii}e siècles, est arrivé à la date de 1804 au point culminant de son évolution et dont la trace conservée par la législation napoléonienne réside spécialement dans les articles 1134 et 1165. Aujourd'hui nous assistons à une transformation incontestable de l'esprit du Code civil, considéré, à la date de sa création, comme le « Code de l'individu ¹ ».

Qu'est devenu ce principe, exalté comme un dogme intangible, la loi du contrat, l'impossibilité pour une personne d'être obligée autrement qu'en vertu de sa volonté manifestement exprimée, admettant que seule le contrat peut être source de droit ? L'autonomie de la volonté a perdu sensiblement de sa portée originare.

b) Un changement est intervenu dans la structure juridique du contrat ; il paraît n'être plus — ou tout au moins, n'être plus seulement — le produit de la volonté des parties contractantes. Il prend sa place déterminée

1, Morin, *La Révolte des faits contre le Code*, p. XI.

dans cet ensemble parfait et bien organisé qu'est la vie sociale, comme les astres dans le domaine cosmique, en vue de satisfaire l'idée qui est le fondement de la société civilisée, la justice sociale.

Cette dernière n'est plus, comme le croit M. Fouille¹, « contractuelle ». Elle est le moyen qui permet de mettre en concordance ou plutôt en harmonie, les intérêts particuliers avec les intérêts sociaux, toujours elle s'intéresse à donner satisfaction à ces derniers. Son but principal est de maintenir cette harmonie dans la société, où toutes les choses se présentent comme formant un tout homogène.

C'est le résultat logique, découlant de l'abandon de l'ancienne conception, qui considérait chaque individu isolé, sans aucun lien avec les autres hommes.

c) On a remarqué, que le principe de droit n'est pas immuable, il ne constitue pas — si on peut dire — une opinion séparée, il ne reste pas en dehors du concert du progrès. Au contraire, il est essentiellement sensible à toutes les transformations effectuées dans le milieu social, et dans les intérêts privés et sociaux.

Il suit le progrès matériel, moral, et les modifications que ces fluctuations de la vie sociale imposent.

Cette conception nouvelle qui vient de s'installer peut se résumer dans cette formule de M. Morin : « On a substitué à la conception de l'absolu et de l'immobilité, une conception du relatif et de l'évolution¹. »

Aussi donc le principe de droit n'est pas celui qui a été inséré, une fois pour toutes, dans un texte.

1. Fouillé, *Science sociale contemporaine*, 2^e édition, p. 45-47; Gonnot, *Autonomie de la volonté*, p. 66; Ahmad Maher, *De l'autonomie de la volonté*, p. 134-135.

2. Morin Gaston, *Révolte des faits contre le code*, p. 11,

Le texte peut rester le même, la formule devient lettre morte à un moment donné, mais le sens change.

Il est un résultat ou, pour mieux dire, un miroir des divers facteurs physiologiques, psychologiques et biologiques, et est donc essentiellement variable. Voilà donc comment on arrive à la conclusion de l'illustre professeur M. Duguit, que le droit est plutôt le produit des faits, des circonstances que de la volonté ; quant au prétendu droit acquis, il n'est une notion réelle, que dans la mesure où elle vient soutenir le triomphe de l'équité. La notion de sécurité est abandonnée en faveur de celle du progrès.

d) Pour arriver à tous ces résultats, on a dû abandonner la méthode d'interprétation traditionnelle, celle qui était fidèle à la traduction exacte du texte, celle qui croyait dans « le culte du texte » et dans la foi de cette formule. Cette interprétation exégétique a été rejetée, comme inutile et empêchant le progrès du droit et ensuite comme inefficace, elle ne donnait satisfaction ni aux intérêts privés, ni aux intérêts généraux, elle ne pouvait, de plus, procurer la solution cherchée aux institutions et aux problèmes.

3° *Le rôle de la jurisprudence.*

Mais, c'est la jurisprudence qui a choisi une méthode favorisant le progrès, l'utilité, l'équité et l'harmonie sociales. C'est elle qui a pris cette attitude hardie de ne plus tenir compte du texte et de la volonté du législateur, en s'éloignant par là même de la doctrine, et en constituant jusqu'à la moitié du XIX^e siècle un système juridique distinct et même rival de celui de la doctrine ¹.

1. Lambert, *Une réforme nécessaire des études du droit civil*, p. 5; Meynial, *Les recueils d'arrêts et les arrélistes*, liv. cent., t. I, p. 176.

La nouvelle méthode d'interprétation à laquelle on a recours pour faire cadrer les vieux textes avec les faits nouveaux, pour pouvoir fournir des solutions juridiques et équitables à une série d'institutions, à nombre de nouveaux contrats, c'est celle qui donne à l'interprète un pouvoir d'appréciation illimité, c'est le système de l'investigation scientifique la plus libérale.

C'est la solution à donner aujourd'hui, solution qui n'oppose comme limite à la libre appréciation du jurisconsulte, que l'équité et l'utilité sociale, la première n'étant qu'une notion synonyme de la deuxième¹.

Sur le mécanisme de cette nouvelle méthode, il suffit d'indiquer quelques mots de M. Ballot-Beaupré pour se rendre compte de sa structure, logique et utile.

« Le juge ne doit pas s'attarder à chercher, obstinément, quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code, en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux, il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont effectués dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, les textes, aux réalités et aux exigences de la vie². »

C'est justement de cette manière que la jurisprudence a procédé, dans l'interprétation de la règle *Res inter alios acta*. La façon d'agir du pouvoir judiciaire, est semblable à celle « d'un propriétaire qui conserve la vieille demeure familiale mais qui se voit tous les jours obligé

1. Marcel Porte, *La jurisprudence et l'équité*, 1899, p. 14.

2. *Le Code civil, Livre du Centenaire*, p. 27.

de l'agrandir, d'après son goût et d'après le progrès nouveau ¹ ».

C'est la méthode qui permet au droit de participer à l'évolution générale des individus et des choses, car le progrès, la multiplication des besoins, des exigences, entraîne une transformation des conceptions. Il s'en suit, comme dit M. Raoul de La Grasserie, une substitution du droit social, au droit individuel, et à un certain moment l'a totalement expulsé de telle sorte et si bien qu'on a pu croire que ce droit social est le droit originaire ² ».

Dans ces quelques lignes nous avons réussi, à donner une certaine indication sur le principal rôle de la jurisprudence, sur l'utilité et le service qu'elle a rendu au progrès du droit et à la promotion de l'équité. Elle a encore beaucoup à faire et elle réussira, surtout si la doctrine continue à lui offrir son aide si précieuse et si nécessaire, car cette dernière est considérée comme un guide, un éclaireur, une avant-garde pour la jurisprudence ³.

De cette collaboration, si souhaitable, résultera des conséquences utiles, et réelles, pour le triomphe de la justice et pour la défense des intérêts sociaux d'abord, privés ensuite.

Et avant de finir, une dernière conséquence de notre étude, c'est que le rôle de législateur, utile quelquefois, pour mettre terme à des conceptions controversées, n'est

1. Maurice Sauzay, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit, employés par la jurisprudence en droit civil*, thèse, Paris, 1904, p. 99.

2. Raoul de la Grasserie, *L'évolution du droit*, 1903, p. 70.

3. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse Paris, 1904, p. 192-195.

nécessaire que rarement, parce qu'il est merveilleusement suppléé par la jurisprudence, et ensuite son intervention, même si elle est utile, ne saurait être très efficace, à cause du perpétuel changement des principes du droit.

Vu : *Le Doyen,*
Edgard ALLIX

Le Président de la thèse,
HAMEL

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris :
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias** (C.). — *Précis de droit romain*, 4^e éd., 2 vol., Paris, 1886-1891.
- Alauzet**. — *Commentaire du Code de commerce et de législation commerciale*, 3^e éd., Paris, 1879.
- Almosnino** (N.). — *L'enrichissement sans cause et son caractère subsidiaire*, thèse, Paris, 1931.
- Amiot** (G.). — *Droit romain, résumé des répétitions orales*, 1906.
- Apostoleanu** (G. V.). — *Théorie de l'homologation en droit privé français*, thèse, Paris, 1924.
- Aron** (Gustave). — *Les grandes réformes du droit révolutionnaire, droit public et droit privé*. (Conférences faites à l'Université nouvelle de Bruxelles, les 4 et 5 mars 1908.)
- Aubry et Rau**. — *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., revue par Rau (G.) Falcimaigne (G.) et Barton (E.), 12 vol. 1897-1912.
- Aucoc**. — *Conférence sur l'administration et sur le droit administratif*, 1878-1879.
- Baguet** (J.). — *Les œuvres de J. B.*, Paris, 1664.
- Badareu Tomsa** (H.). — *De la délégation imparfaite* thèse, Paris, 1914.
- Barasch** (Marco J.). — *Le socialisme juridique et son influence sur le droit civil en France, à la fin du XIX^e siècle et au XX^e siècle*, thèse, Paris, 1923.
- Bartin** (Etienne). — *Etude sur la règle Res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest, en droit romain. Théorie de contre-lettres en droit français*, thèse, Paris, 1885.
- Basque** (R.). — *De la distinction des droits réels et des obligations*, thèse, Montpellier, 1914.
- Bataille** (R.). — *Le mandat domestique hors mariage*, thèse, Caen, 1923.
- Baudry-Lacantinerie** (G.) et divers professeurs. — *Traite élémentaire et pratique du droit civil*, t. XI. « Des biens », avec la collaboration de M. Chauveau, 1905, t. XII à XV. « Des

- contratations des obligations en général avec la col. de L. Barde, 1907-1908, t. XX à XXII. « Du contrat de louage, avec la collaboration de Albert Wahl, 3^e éd., 1906-1907, t. XXIV. « Des contrats aléatoires, mandat, etc. » avec la col. de M. Wahl, 1907.
- Beau** (Marcel). — *Du remploi dans le régime dotal*, thèse, Paris, 1903.
- Beaugié** (J.). — *L'attribution des indemnités d'assurance de responsabilité*, thèse, Rennes, 1926.
- Becquart** (J.). — *Les mots à sens multiples dans le droit civil français*, thèse, Paris, 1928.
- Benoît Cattin** (C.). — *Les effets juridiques de l'union libre*, thèse, Grenoble, 1922.
- Bentkowski** (R.). — *La preuve de la propriété immobilière. Etude de la jurisprudence*, thèse, Montpellier, 1912.
- Bergson** (H.). — *L'évolution créatrice*, Paris, 1908.
- Berthelemont** (H.). — *De la responsabilité de droit commun dans ses rapports avec la loi du 9 avril 1898*, thèse, Paris, 1901.
- Beudant** (Ch.). — *Cours de droit civil français*, t. III. « Les contrats et les obligations », 1896.
- Bezin** (Paul). — *Essai sur la nature juridique de quelques actions directes* (louage de choses et assurances terrestres), Lille, 1897.
- Binet** (Pierre). — *La femme dans le ménage, essai sur la nature et ses pouvoirs, d'après la pratique et la législation contemporaine*, thèse, Nancy, 1904.
- Biret** (A.). — *Application du C. C. des Institutes et des 50 livres du digeste*, 2, V, 1824.
- Boeuf** (A.). — *Résumé de droit civil*, 3 v., Paris, 1923-1925.
- Boileux** (Y. M.). — *Commentaire sur le Code civil*, Paris, 1924.
- Bonnecase** (Julien). — *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1926-1931.
- *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1924.
- *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, 1933.
- *Traité théorique et pratique de droit civil* par Baudry-Lacantinerie avec le concours de M. Bonnecase, *Sup.*, 1924, t. V.
- Bonnet** (Pierre). — *Le droit en retard sur les faits. Aperçu de notre évolution économique juridique du 1^{er} Empire à nos jours*. — Paris, 1930.
- Bonnier** (E.). — *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5^e éd., revue par Larnaude, 1888.
- Bouché-Leclercq** (E.). — *De l'action de vis rem verso, en droit privé*, thèse, Paris, 1913.

- Boucher (P.B.).** — *Les principes du droit civil proprement dit et du droit commercial comparé*, Paris, 1904.
- Boucher (Pierre).** — *De sous-locations et cession de baux*, thèse, Paris, 1912.
- Boudin (H.).** — *L'assurance de responsabilité et le droit des tiers*, Paris, 1911.
- Bousquet (A. de).** — *Explication du C. C.*, 5 vol., Paris, 1804-1806.
- Bousquet (J.).** — *Dictionnaire du droit*, 2 vol., in-8°, Paris, 1843.
- Bousquet (M.).** — *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers signataires*, thèse, Toulouse, 1930.
- Breuil (R.).** — *Assurances et assureurs*, Paris, 1916.
- Bruckner (Y.).** — *Essai sur la nature et l'origine de droit, ou déduction des principes de la science philosophique du droit*, 2^e éd., 1818.
- Brugelles (Raoul).** — *Le droit et la sociologie*, 1910.
- Brun (André).** — *Rapports et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelles*, thèse, Lyon, 1930.
- Bry (G.).** — *Principes de droit romain*, 5^e éd., Paris, 1911.
- Budistheano (D.).** — *De l'enrichissement sans cause*, thèse, Paris, 1920.
- Buffnoir (C.).** — *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations* (leçons recueillies et publiées par MM. Bartin, Deschamps, Deslandes, Pillet, Saleilles, Timbal), Paris, 1900.
- Bussy (André).** — *Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse*, thèse, Lausanne, 1922.
- Cabirol (Marcel).** — *Les lois sur les loyers et la propriété commerciale*, Paris, 1929, in-16.
- Cadere (Victor).** — *Théorie et pratique de l'assurance et responsabilité*, thèse, Paris, 1923.
- Caleb (Marcel).** — *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, thèse, Paris, 1927.
- Capitant (Henri).** — *Des clauses d'emploi et de emploi, insérées dans le contrat de mariage*, thèse, Paris, 1889.
- *Introduction à l'étude du droit civil, notions générales*, 4^e éd., Paris, 1922.
- « Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré, contre le tiers qui par sa faute a amené la réalisation du risque, prévu au contrat d'assurance » (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 37-70.)
- *De la cause des obligations, contrats, engagements unilatéraux, legs*, Paris, 2^e éd., 1925.
- *La loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance*, Paris, 1931.

- Capitant** (H.) et **Balleydier**. — « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence » (Extrait du *Livre du Centenaire du C. C.*)
- Capitant** (H.) et **Colin** (A.). — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., Paris.
- Cassavan** (Elie). — *Des clauses de non-responsabilité*, thèse, Paris, 1929.
- Cassin** (René). — *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, exceptio non adimpleti contractus, et de ses relations avec le droit de rétention, de compensation et de résolution*, thèse, Paris, 1914.
- Chabas** (Jean). — *De la déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Paris, 1931.
- Chaine** (Paul). — *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français*, thèse, Lyon, 1909.
- Chambellan** (André). — *L'intérêt moral et les stipulations pour autrui*, thèse, Paris, 1919.
- Charmont**. — *Le droit et l'esprit démocratique*, Montpellier, 1908.
— *Les transformations du droit civil*, 1912.
— *La renaissance du droit naturel*, Montpellier, 1900.
- Chauvin**. — *Théories nouvelles du droit civil en France*, 1825.
- Chironi**. — *Le colpa nel diritto odierno, colpa extra contrattuale et contrattuale*, Turin, 1884-1887.
- Colmet de Santerre** (E.). — *Manuel élémentaire de droit civil*, 5^e éd., 3 vol., in-12, 1907-1909.
- Colmet de Santerre** (E.) et **Demante** (A.). — *Cours analytique du C. C.*, t. V. « Des contrats et des obligations conventionnelles en général, 2^e éd. 1883, t. XIII. « Contrats divers et les prescriptions, 2^e éd., 1884.
- Cornil** (J.). — *Droit romain. Traité élémentaire des droits réels et obligations*, Bruxelles, 1885.
- Coumaros** (Nicolas). — *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, thèse, Paris, 1931.
- Coutant** (R.). — *Des créanciers chirographaires considérés comme tiers*, thèse, Paris, 1906.
- Cuq** (E.). — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1907.
- Debrand** (F.). — *De la notion de tiers*, thèse, Dijon, 1890.
- Decencier Fernandière** (A.). — *De l'effet à l'égard des tiers, des augmentations de tarif, dans les concessions de gaz et d'électricité*, thèse, Paris, 1926.
- Delcourt** (Léon). — *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse, Paris, 1902.

- Delisle** (G.). — *Principe de l'interprétation des lois, des actes et des conventions entre les parties*, 2 vol., Paris, 1852.
- Delsol** (J.). — *Le Code Napoléon expliqué d'après les doctrines généralement appliquées à la Faculté de droit*, 1854-1855.
- Demogue** (René). — « Des droits éventuels, hypothèses où ils prennent naissance, nature et effets », Paris, 1906. (Extrait de la *Revue trimestr. Droit civil*, n° 4, 1905 et n° 2, 1906.)
- « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale. — Paris, 1907. (Extrait de la *Revue trimestr. Dr. civil*, 1907.)
- *De la constitution en dot des biens à venir sur le régime dotal*, thèse, 1897.
- *Les notions fondamentales en droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, 1911.
- *Traité des obligations en général*, t. I, II, III, IV, V et VI, Paris.
- *Répétitions écrites du droit civil* 2^e année, Paris, 1929.
- Demolombe** (C.). — *Cours de Code civil*, t. IX et X, t. XXIV-XXXI, 1847-1882.
- Denisart**. — *Collection de jurisprudence et des notions relatives à la jurisprudence mise dans un nouvel ordre.... et augmenté par MM. Camus et Bayard*, 8^e édition 1807, 14 vol. in-4°.
- De Page** (H.). — *De l'interprétation des lois. Contribution à la recherche d'une méthode positive et théories en présence*, 2 vol., Bruxelles, 1925.
- Dereux** (G.). — *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905.
- *De la nature juridique des tarifs de chemin de fer*, thèse, Paris, 1906.
- Descamps** (Le Baron E.). — *Le monde du droit, la gravitation juridique*, Bruxelles et Paris, 1922.
- Deshayes** (R.). — *De la responsabilité des tiers en matière des emplois dotaux*, thèse, Paris, 1904.
- Desserteaux** (Marc). — « Abus de droit ou conflit des droits, Paris, 1906, in-8°. (Extrait de la *Revue trim. droit civ.*)
- Dhorne** (H.). — *De la responsabilité qui incombe à une personne à raison du dommage causé par une autre*, thèse, Paris, 1898.
- Djuvara** (Mircea). — *Le fondement du phénomène juridique. Quelques réflexions sur les principes logiques à la connaissance juridique*, thèse, Paris, 1913.
- *Theoria generala a dreptului. Enciclopedia juridica*, Bucarest. 1930.
- Dobresco** (Demetre). — *L'évolution de l'idée du droit*, thèse, Paris, 1898.
- Dollat** (J.). — *Le contrat d'adhésion*, thèse, Paris, 1905.

- Domat** (J.). — Œuvres complètes, Paris, 1828-1830. — *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1689-1694.
- Ducroc**. — *Cours de droit administratif*, 4^e éd.
- Duguît** (L.). — *Les transformations générales du droit privé, depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., 1920.
— *Traité de droit constitutionnel*, I. « La règle de droit, le problème de l'Etat », 1921.
- Duperier** (Scipion). — *Questions notables du droit*, 1664.
- Duranton**. — *Cours de droit civil français, suivant le Code civil*, 22 vol., 4^e éd., Paris, 1844.
- Durma** (Mircea). — *La notification de la volonté*, thèse, Paris 1930.
- Duvergier**. — *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat depuis 1788-1930*.
- Elias** (R.). — *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1919.
- Emerigon**. — *Traité des assurances et des contrats à la grosse, conféré avec le nouveau Code de commerce par Boulay Pati*, Rennes, 1827, 2 vol., in-4^o.
- Escavi** (Henri). — *Le recours du voisin en cas d'incendie*, thèse, Paris, 1923.
- Esmein** (Paul). — *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, thèse, Paris, 1914.
— *Etude sur le contrat dans le très ancien droit français*.
- Espinas**. — *La philosophie sociale du XVIII^e et la Révolution*, 1 vol. in-8^o, Paris, 1898.
- Faire** (François). — *Les transformations des principes de la responsabilité en droit public et privé*, thèse, Paris, 1923.
- Fenet** (P.). — *Recueil complet des travaux préparatoires ou motifs de Code civil*, 15 vol., 1829.
- Folleville** (D.). — *Des clauses de remploi et de la société d'acquêts, dans le régime dotal 1875*.
- Forget** (E.). — *De la responsabilité des tiers, en matière de remploi*, thèse, Paris, 1900.
- Fouillé** (A.). — *L'idée moderne du droit*, Paris, 1920.
- Galliot**. — *La déclaration de la volonté dans les contrats*, thèse, Caen, 1903.
- Gaudemet** (E.). — *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898.
- Gazin** (H.). — *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Dijon, 1910.
- Gensoul**. — « La révolte des faits contre le Code ». Discours de réception à l'Académie des sciences, belles lettres et arts de Rouen, 1921.

- Geny** (F.). — *Science et technique en droit positif français*. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 vol. in-8°, 1914-1924.
- *Méthode d'interprétation et source en droit positif*. Essai critique, 2^e édit., 2 vol., 1919.
- « Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit. (Extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil* et reproduit dans le t. IV de son ouvrage *Science et technique*).
- Gerota** (D.). — *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand*.
- Giovene** (Achille). — *Il negozio juridico rispetto ai terzi*, seconda edizione, Torino, 1917.
- Glasson** (P.). — *Théorie de la simulation*, thèse, Paris, 1897.
- Gouget** (Louis). — *Théorie générale du contrat avec soi-même*. *Etude de droit comparé*, thèse, Caen, 1903.
- Gounot** (E.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Contribution à l'étude de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1911-1912.
- Gouillouard**. — *Traité de la vente du contrat de louage*, 2 vol., Paris, 1885, Paris, 1889-1890.
- Gouy** (C.). — *Du mandat entre époux*, thèse, Paris, 1912.
- Grossu** (Virgile). — *De la preuve de la propriété et de ses démembrements*, thèse, Paris, 1913.
- Grouber** (Alex). — *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse, Paris, 1913.
- Grugut** (E.). — *De la notion de tiers, en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1905.
- Hamel** (Joseph). — *La notion de cause dans les libéralités*. *Etude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, thèse, Caen, 1920.
- Hammer** (K.). — *La socialisation du droit*, 1905.
- Hardouin**. — *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, 1855.
- Hayem**. — *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, thèse, Dijon, 1910.
- Hauriou** (M.). — *Précis élémentaire du droit administratif*, in-16, 1930.
- Hémar** (J.). — *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1924-1925.
- *Précis élémentaire du droit civil*, 3 vol., Paris, 1928-1930.
- Huc** (T.). — *Commentaire théorique et pratique du C. C.*, 15 vol., 1892-1903 (t. IV, VIII et XII).

- Huguenev** (Pierre). — *La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse, Dijon, 1910.
- Jonesco** (Octavian). — *La notion du droit subjectif dans le droit privé*, thèse, Paris, 1930.
- Jacquinet** (M.). — *Des cessions de bail et de sous-location*, thèse, Paris, 1912.
- Jallu** (Olivier). — *Essai critique sur l'idée de la continuation de la personne, considérée comme un principe de transmission d titre universel*, thèse, Paris, (1902).
- Janet** (Paul). — *La philosophie de la révolution*, Paris, 1875.
- Jèze**. — *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, 1927-1932.
- Jhering** (R. von). — *Etudes complémentaires de l'esprit de droit de droit*. Traduit, par de Meulenaere, Paris, 1880.
— *L'évolution du droit. — Zweck in Recht*, traduit par O. de Meulenaere, Paris, 1901.
- Juille** (E.). — *Effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse, Lille, 1904.
- Julliot de la Morandière** (Léon). — *Les différents aspects de la notion d'ordre public, en droit positif français*, cours de doctorat, 1931-1932.
- Joliat et Grün**. — *Journal des assurances ou recueil des lois, ordonnances, règlements, arrêts, jugements, statuts, etc., relatif aux assurances*, Paris, 1830-1840, 6 Wol. in-8°.
- Josserand** (L.). — *Cours élémentaire de Droit civil*, 3 vol., 1929-1930.
— *Transports en service intérieur*, 1926.
- Korkonov** (N.). — *Cours de théorie générale du droit*, traduction du russe par Tchernoff J., 2^e éd., 1914.
- Laborde-Lacoste** (M.). — *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit positif français*, thèse, Bordeaux, 1916.
- Laferrière**. — *Cours de droit public et administratif*, 2^e éd., 1841.
- Lalou** (H.). — *La responsabilité civile*, Paris, 1925.
- Lallement** (Paul). — *L'état de nécessité en matière civile*, thèse, Paris, 1922.
- Lambert** (Ed.). — *Stipulation pour autrui*, thèse, Paris, 1868.
- Lamé Fleury** (Er. Jules Fred). — *Code annoté de chemin de fer en exploitation ou Recueil méthodique et chronologique des lois, décrets ordinaires, arrêts concernant l'exploitation technique et commerciale des chemins de fer*, Paris, 1861.
- Landre** (René). — *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence moderne*, thèse, Besançon-Nancy, 1921.
- Langlois** (H.). — *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, thèse, Caen, 1897.

- Laurent** (François). — *Principes de droit civil français*, 5^e éd., 33 vol., Bruxelles, 1893.
- Lebre** (G.). — *Traité pratique et technique des fonds de commerce*, Paris, 1887, 1 vol. in-8°.
- Leproust** (R.). — *Du recours de l'assureur contre le tiers responsable du sinistre et de l'accident*, thèse, Bordeaux, 1914.
- Leroy** (Maxime). — *Le Code civil et le droit nouveau*, 1904.
— *L'esprit de la législation napoléonienne*, Nancy, 1898.
- Levy** (Emmanuel). — *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse, Paris, 1896.
— *Vision socialiste de droit*, in-16, Paris, 1926.
— « Responsabilité et contrat », *Revue critique de lég. et jurisprudence*, 1899, p. 361-398.
— *Les fondements du droit*, Paris, 1933, in-16.
- Levy-Ulmann** (H.). — *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, Paris, 1917-1928.
— *Essai sur les titres nominatifs et la responsabilité des agents de change et des débiteurs dans la transmission de ces titres*, Paris, 1897.
— *L'obligation et contrat, au premier quart du XVIII^e siècle*, cours de doctorat, 1928-1929.
- Lucas** (P. Louis). — *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, thèse, Dijon, 1918.
- Lyon-Caen** et **Renault**, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1889-1899, in-8°.
- Maher** (Ah.). — *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications du contrat*, thèse, Montpellier, 1913.
- Mallieux** (F.). — *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, 1908.
- Mamoupolos** (Pierre J.). — *Du recours de l'assureur contre le tiers responsable du sinistre et du cumul des indemnités au profit de l'assuré*, thèse, Paris, 1916.
- Manassé** (**Manuel** (Henri)). — *De l'action directe contre les débiteurs substitués*, thèse, Toulouse, 1903.
- Martin** (Robert) et **Maus** (René). — *Traité des baux commerciaux et industriels, propriété commerciale*, Paris, 1928, in-8°.
- Martin** (G.). — *L'emploi et le remploi sous le régime dotal*, thèse, Toulouse, 1920.
- Masseran** (M.). — *De la liberté dans l'acte juridique et de ses limites*, thèse, Montpellier, 1904.
- Matesco** (Jean S.). — *L'obligation unilatérale et le code civil*, thèse, Paris, 1919.
- Mazeaud** (Henri) et **Mazeaud** (Léon). — *Traité théorique et pra-*

- tique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, Préface de M. Capitant, 2 vol., Paris, 1931.
- Maynz** (Ch.). — *Traité des obligations d'après le droit romain*, Bruxelles, 1860.
- Meignié** (M.). — *Responsabilité et contrat, Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Lille, 1924.
- Mendelssohn** (Pauline). — *De la preuve de la propriété immobilière*, thèse, Paris, 1922.
- Mestre** (Achille). — *Droit administratif, Contentieux*, cours de doctorat, 1929-1930.
- Michas** (H.). — *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse, Paris, 1900.
- Minel** (B.). — *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912.
- Morin** (G.). — *La loi et le contrat, La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927.
- *La révolte des faits contre le code*, 1920.
- Mornet** (M.). — *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse, Paris, 1924.
- Mourlon**. — *Répétitions écrites sur les trois examens du Code Napoléon*, 3 vol. in-8°, Paris, 1885-1896.
- Nast** (Marcel). — « Nature juridique d'une convention conclue par une collectivité, dans l'intérêt de ses membres, extrait *Rev. critique de législation et jurispr.*, 1998.
- *La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française*, (Conférence faite à Strasbourg, 1922).
- Niboyet**. — *Répétitions écrites de droit civil et comparé, Régime dotal*, Cours pour le doctorat, 1929-1930.
- Orvain** (E.). — *De la responsabilité des tiers à raison de l'emploi et du remploi*, thèse, Rennes, 1905.
- Pabion**. — *Des obligations contractées par la femme dans l'intérêt du ménage*, thèse, Paris, 1904.
- Pannier** (Pierre). — *Des droits de l'assureur contre le tiers responsable de la réalisation du risque*.
- Parthenie** (Caesar). — *Le droit social sur les choses*, thèse, Paris, 1908.
- Palante** (G.). — *Le combat pour l'individu*, Paris, F. Alcan, 1904, in-8°.
- Pascaud** (Henri). — *Le contrat d'édition et la nécessité de sa réglementation législative*, 1894.
- Perreau** (E. H.). — *Technique de la jurisprudence en droit français*, préface par M. Gény, 2 vol., 1923.
- Perrier** (Ed.). — *L'évolution de l'humanité*, Paris, 1920.

- Pétré** (René). — *Etudes sur les données du mandat tacite appliqué aux femmes mariées*, thèse, Paris, 1907.
- Petresco** (Nicolas). — *Les droits des parents de la victime en cas d'accident de transport*, thèse, Paris, 1931.
- Picard** (E.). — *Le droit nouveau*, Bruxelles, 1907.
— *Le droit pur*, Bruxelles, 1899.
- Pillon** (E.). — *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse, Caen, 1898.
- Pipere** (C.). — *Etude sur la réforme du droit*, 2 vol., Paris, 1905.
- Planiol** (M.). — *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900-1901, 3 vol., in-8°.
- Planiol** (M.) et **Ripert** (G.). — *Traité pratique de droit civil français* t. VI et VII « Les obligations », avec la collaboration de MM. René Cassin et P. Esmein. t. X et XI, « Contrats civils » avec la collaboration de M. Hammel.
- Plesoianu** (V.). — *Etude sur la responsabilité des tiers, acquéreurs de valeurs dotales sujettes à emploi*, thèse, Paris, 1911.
- Plesnila** (C.). — *Analyse et critique de la théorie des contrats réels*, thèse, Paris, 1910.
- Polony** (A.). — *Des emplois et des remplois conventionnels des biens dotaux sous le régime dotal*, thèse, Poitiers, 1906.
- Poltzer** (V.). — *L'enrichissement sans cause*, thèse, Paris, 1912.
- Ponceau** (R.). — *La volonté dans le contrat suivant le Code civil, Essai d'une construction nouvelle*, thèse, Lyon, 1928.
- Popesco Ramniceano** (R.). — *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse, Paris, 1927.
- Potarca** (V.). — *Le partage et les droits des tiers*, thèse, Paris, 1914.
- Pothier** (R.). — *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Buguet*, t. II, 1845-1848.
- Prevost** (G.). — *La liberté individuelle dans le code Napoléon*, in-8°, 1864.
- Prin** (A.). — *De la responsabilité du notaire et celle de l'agent de change, en matière de remplois dotaux*, thèse, Paris, 1909.
- Prodan** (C.). — *Essai d'une théorie générale des droits réels*, thèse, Paris, 1909.
- Querû** (R.). — *Synthèse du droit réel et du droit personnel. Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, thèse, Caen, 1905.
- Quesnault**. — *Traité des assurances terrestres*, in-8°, 1826.
- Raynaud** (G.). — *De l'action de in rem verso en droit civil français*, thèse, Paris, 1899.
- Renard** (Georges). — *Le droit, la justice et la volonté* (Conférence d'introduction à l'étude du droit), 1924.

- Renard** (Georges). — *De l'enrichissement sans cause en droit français*, thèse, Montpellier, 1920.
- Renaud** (Victor). — *De la responsabilité du fait d'autrui, en matière contractuelle*, thèse, Toulouse, 1923.
- Rieu** (E.). — *De la nature juridique des concessions et des travaux publics*, thèse, Paris, 1923.
- Rieussec** (L.). — *Des troubles causés aux locataires par des tiers et de leurs conséquences juridiques*, thèse, Dijon, 1906, in-8°.
- Rigaud** (L.). — *Le Droit réel, Histoires et théories, son origine institutionnelle*, thèse, Toulouse, 1912.
- Riquoir** (Ch.). — *L'action directe en matière d'assurance*, Toulouse, 1929.
- Robert** (Ch.). — *De l'emploi et du remploi sous le régime dotal, spécialement considérés au point de vue de la responsabilité des tiers*, thèse, Paris, 1896.
- Roger** (René). — *Manuel juridique, théorique et pratique des transports (droit maritime excepté)*, 2 vol., Paris, 1922, in-8°.
- Rouast** (André). — *Essai sur la notion juridique du contrat collectif dans le droit des obligations*, Paris, 1909.
- Rutsaërt** (Joseph). — *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle, Etude de la doctrine et jurisprudence*, Bruxelles, 1930.
- Sallé de la Marnière** (Edmond). — *Evolution technique du contrat et de ses conséquences juridiques*, thèse, Paris, 1930, in-8°.
- Saleilles** (R.). — *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, in-8°.
- Sauzay** (Maurice). — *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, thèse Lyon, 1904.
- Savigny** (Fr. C. von). — *Das obligationrecht, als theil des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1851-1853.
- Senn** (Félix). — *De la justice et du droit*, Paris, 1927.
- Sergent** (Louis). — *Etude sur les actions directes*, thèse, Paris, 1903.
- Sevin** (I.). — *Etude sur les origines révolutionnaires du Code Napoléon*, 1879.
- Solus** (H.). — *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 C. civ.*, thèse, Paris, 1914.
- Spasioievitich** (J.). — *L'analogie et l'interprétation, Contribution à l'étude des méthodes en droit privé*, thèse, Paris, 1911.
- Taffe** (Jean). — *La responsabilité civile en dehors du contrat et du délit ou quasi-délict*, thèse, Paris, 1921.
- Talandier** (H.). — *De l'engagement par volonté unilatérale*, thèse, Toulouse, 1912.
- Tanon** (L.). — *L'évolution du droit et de la conscience sociale*, 3^e édit., Paris, 1911.

- Tarde** (G.). — *Les transformations du droit* Paris, 1893.
- Tartanson** (J.). — *L'action de in rem verso en droit civil français*, thèse, Grenoble, 1909.
- Tarbourriech** (E.). — *Essais sur la propriété*, Paris, 1905
- Tison** (R.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, thèse, Paris, 1931.
- Titulesco** (Nicolas). — *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, Paris, 1907.
- Tridon** (— *Du régime dotal et de ses inconvénients à l'égard des tiers*, thèse, Paris, 1908.
- Troplong**. — *Droit civil expliqué suivant l'ordre naturel des articles du Code*, 27 vol., 1845-1872.
- Van den Broeck**. — *De l'évolution de la jurisprudence touchant le contrat d'assurance de la responsabilité civile*, Alger, 1932, in-16.
- Van der Eycken** (P.). — *Méthode positive de l'interprétation juridique*, in-4°, Bruxelles, 1907.
- Vasiliu** (G. C.). — *La portée de la responsabilité contractuelle dans le transport des voyageurs*, thèse, Paris, 1925.
- Vergniaud** (E.). — *L'enrichissement sans cause*, préface de M. Capitant, Paris, 1916.
- Viforeano** (P.). — *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*, thèse, Paris, 1932.
- Worms** (R.). — *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, Paris, 1891.
- Zachariae**. — *Cours de droit civil français*, 1844.

ARTICLES DE REVUE

- Bonnecase** (Julien). — « La condition juridique du créancier chirographaire, Sa qualité d'ayant cause à titre particulier », *Revue trimestr. dr. civil*, 1920. p. 103-150.
- Cantacuzène** (Mathieu). — « La vie, le droit, la liberté », *Revue trimestrielle droit civil*, 1929, p. 685-707.
- Charmont** (J.) et **Chausse** (A.). — « Les interprètes du Code civil, 1904, Livre du Centenaire 1904, p. 131.
- Colin de Verdière**. — « Les droits des sous-locataires au renouvellement des baux », *D. H.*, 1929, p. 33.
- Drujon** (M.). — « De l'action directe du mandant contre le mandataire substitué », *Revue critique lég. et jurispr.*, 1877, p. 628.
- Grasserie** (Raoul de la). — « De la volonté comme source d'un droit », *Revue critique de jurisprudence et législation*, 1911,

- pp. 300-597, *Revue critique*, 1912, p. 98, 246, 370, *Revue critique*, 1913, p. 84.
- Hauriou** (Maurice). — « L'ordre social, la justice et le droit », *Revue trimestr. droit civil*, 1927, p. 795-825.
- Hebraud** (Paul). — « L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur », *Revue critique de lég. et jurisprudence*, 1931 pp. 488-509.
- Labbé** (H. E.). — « Des privilèges spéciaux sur les créances », *Revue critique* 1876, pp. 571-665.
- Larnaude** (F.). — « Le Code civil et la nécessité de sa révision », *Livre du centenaire*, 1904, p. 901.
- Lévy** (Em). — « Définition du contrat », *Revue trim. droit civil*, pp. 273-275.
- Loubers**. — « L'action de *in rem verso* et les théories de la responsabilité civile », *Revue critique*, 1912, pp. 396, 462.
- Morel** (René). — « Le droit, la justice et la volonté », conférence faite par Georges Renard, *Revue critique de jurispr. et lég.*, 1925, p. 440.
- Morin** (P.). — « Domaine d'application de la loi du 30 juin 1926 », *Revue trimestr. de droit civil*, 1927, pp. 827-891.
- Meynial** (Ed.). — « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », *Livre du Centenaire*, 1904, p. 173.
- Morin** (G.). — « Le sens des transformations contemporaines du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, 1927, pp. 253-269.
- Nast** (Marcel). — « De la nature juridique des conventions conclues par une collectivité dans l'intérêt de ses membres », *Revue crit. de lég. et jur.*, 1908, p. 536.
— « Essai d'une explication sociologique de l'origine du droit », *Revue critique*, 1912, p. 438, par de Maday.
- Peritch** (Jivom). — « La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, pp. 5-15.
- Perreau** (H. E.). — « Déformation des lois par les actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1921, pp. 609-674.
- Picard** (Maurice). — « La gestion d'affaire dans la jurisprudence contemporaine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1921, pp. 419, 467, *Revue trim.*, 1922, p. 5.
- Planiol** (M.). — « Examen doctrinal. Jurisprudence civile. L'agent de change qui a opéré la vente des valeurs dotales, est-il responsable du défaut de remploi », *Revue critique*, 1890, p. 321.
— « Inutilité d'une revision générale du Code », *Livre du Centenaire*, 1904, p. 955.
- Popesco Ramniceano** (R.). — « Réflexions sur le problème de la

- représentation en droit privé », *Revue critique de lég. et de jurispr.*, 1932, p. 415.
- Renard** (Jean). — « Etudes sur les conditions d'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », *Revue trimestrielle droit civil*, 1920, pp. 243-294.
- Rigaud** (Louis). — « La théorie du droit réel et de l'obligation et la science juridique privée », *Rev. crit.*, 1925, p. 423.
- Ripert et Teisseire**. — « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 727-796.
- Rouast** (André). — « Enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, pp. 35-109.
- Roubier** (Paul). — « Effet des lois nouvelles sur les contrats en cours », *Revue critique*, 1932, p. 128.
- Saleilles** (R.). — « Le Code civil et la méthode historique », *Livre du Centenaire*, 1904, p. 95.
— « De la cession de dettes », *Annales de droit commercial*, 1890, pp. 1-47.
- Tissier** (Albert). — « L'élaboration technique du droit positif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, pp. 831-845.
- Trencart**. — « De l'action directe accordée aux ouvriers par l'article 1798 du Code civil », *Revue critique* 1873, pp. 411-420.
- Valimaresco** (Alexandre). — « Des actes juridiques avec soi-même, conclus par une personne qui veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumises à un régime distinct », *Revue trim.*, 1926, p. 973.

NOTES DE JURISPRUDENCE

- Appert** (G.). — Sous Paris, 20 avril 1894, S. 95.2.41.
- Capitant** (H.). — Sous Poitiers, 14 déc. 1899, D. 1902.2.169.
— Sous Montpellier, 9 janvier 1905, Paris, 21 mars 1905, D. 1906.2.185, 186.
- Chavegrin** (Ernest). — Sous Paris, 31 janvier 1895, S. 1896.2.225.
- Cremieu** (Louis). — Sous Paris, 3 mars 1909, S. 1910.2.57.
- Dupuich** (P.). — Sous Cass., 6 janvier 1914, D. 1918.1.57.
- Dupuis** (Ch.). — Sous Poitiers, 24 janvier 1889, Rennes, 15 février 1889, D. 902.2.97.
- Esmein** (P.). — Sous Cass., 9 mai et 4 juin 1923, S. 1923.1.361.
— Sous Cass., 9 mai et 4 juin 1923, S. 1932.1.9.
- Esmein** (A.). — Sous Rouen, 3 déc. 1898, S. 1900.2.57.
- F. G.** — Sous Rouen, 29 février 1928, S. 1929.2.57.
- Hauriou** (Maurice). — Sous Cons. d'Etat, 31 mai 1907, S. 1907.3.13
— Sous Conseil d'Etat, 8 mars 1901, S. 1902.3.73.
- Hauriou** (Maurice). — Sous Conseil d'Etat, 8 mars 1912, S. 1913.3. 1.

- Sous Conseil d'Etat, 11 mars 1910, S. 1911.3.1.
- Hemard** (Joseph). — Sous Cass., req., 4 nov. 1907, S. 1908.1.337.
- Josserand** (Louis). — Sous Cass. civ., 14 juin 1926, D. 1927.1.57.
- Sous Angers, 13 mai 1929, D. 1929.2.161.
- Sous Toulouse, 8 octobre 1929, D. 1930.2.1.
- Labbé** (E. J.). — Sous Paris, 29 févr. 1876, S. 1876.2.329.
- Sous Cass., 11 juillet 1889, S. 1890.1.97.
- Sous Cass., 15 juin 1892, S. 1893.1.281.
- Lacour** (Léon). — Sous Req., 8 nov. 1904, S. 1906.1.489.
- Lalou** (H.). — Sous Req., 18 déc. 1911, 8 janvier 1912, D. 1913.1.185.
- Lepargneur** (J.). — Sous Rouen, 28 nov. 1925, D. 1927.2.172.
- Lyon-Caen** (Ch.). — Sous Cass., 16 déc. 1882, S. 1883.1.433.
- Minvielle** (Geo.). — Sous trib. civil de Melun, 15 avril 1926, trib. de paix de Bordeaux, 23 août 1927, Paris, 31 oct. 1927, Toulouse, 14 déc. 1927, Trib. de paix de Bordeaux 28 févr. 1928, trib. civil de la Gironde, 12 nov. 1928, Trib. civil d'Arras, févr. 1929, Bordeaux, 30 mai 1929, trib. civil de la Seine, 15 juillet 1929, D. 1929.2.152 et suiv.
- Naquet** (E.). — Sous Aix, 29 févr. et 15 mars 1872, S. 1873.2.49.
- Sous Cass., 23 nov. 1908, S. 1910.1.425.
- Perreau** (H. E.). — Sous Cass., 16 avril 1904, S. 1905.1.505.
- Sous Cass. 6 janv. 1914, S. 1921.1.217.
- Planiol** (M.). — Sous Cass., 29 janv. 1890, D. 1890.1.97.
- Sous Req., 16 juillet 1890, D. 1891.1.49.
- Sous Paris, 15 mars 1895, D. 1896.2.145.
- Ripert** (Georges). — Sous Req., 23 nov. 1908, D. 1912.1.217.
- Rouast** (André). — Sous Grenoble, 15 mars 1921, D. 1922.2.25.
- Sarrut** (Louis). — Sous Civ., 2 déc. 1891, D. 192.1.161.
- Savatier** (R.). — Sous Poitiers, 17 ocr. 1923, D. 1924.2.57.
- Tissier** (A.). — Sous Cass., 12 déc. 1899, S. 901.1.497.
- Sous Cass., 12. déc. 1895, S. 1898.2.9.
- Wahl** (A.). — Sous Amiens, 19 nov. 1902 et Paris, 27 mai 1903, S. 1903.2.257.
- Sous Cass., 18 oct. 1904, S. 1907.1.465.
- Sous Cass., 30 oct. 1911, S. 1912.1.385.
- Walın** (M.). — Sous Conseil d'Etat, 22 juillet 1927, D. 1928.3.41.

Note Bibliographique.

Nous n'avons connu l'excellent ouvrage de M. Demogue « Traité des obligations » t. 7, dans lequel est traité magistralement l'art. 1165, comme la récente thèse de M. Chi Tai Change, intitulée « Du sens de la règle *Res inter alios acta*, dans la jurisprudence française », qu'à une date où notre travail était terminé.

ERRATA

Page 59, note 3, *lire* Bufnoir, *au lieu de* Buffnoir.

Page 72, notes 1 et 2, *lire* Tison *au lieu de* Tisson.

Page 78, notes 1 et 2 *lire* Tison *au lieu de* Tisson.

Page 86, *au lieu de* l'art. 695, *lire* 595.

Page 86, *au lieu de* l'art. 1218, *lire* l'art. 1221, alinéa 5.

Page 86, *au lieu de* l'art. 1860, *lire* art. 1864.

Page 87, ligne 28, *lire* le créancier de l'associé qui a fait un apport, *au lieu de* créancier qui a fait un apport.

Page 145, *au lieu de* 25 ventôse an II, *lire* 25 ventôse an XI.

Page 147, *au lieu de* 25 ventôse an II, *lire* 25 ventôse an XI.

Page 281, deuxième ligne, *lire* art. 1122 *au lieu de* 1112.

Page 339, *lire* Bufnoir *au lieu de* Buffnoir.

Page 338, ligne 20, *lire* art. 1122 *au lieu de* 1121.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
PREMIÈRE PARTIE	
CONSIDERATIONS GÉNÉRALES SUR LA RÈGLE « RES INTER ALIOS ACTA » EN DROIT MODERNE	
Chapitre premier. — Les origines de l'article 1165, sa portée et les difficultés auxquelles on se heurte, dès qu'on veut préciser le sens de ce principe	5
Chapitre II. — La sphère d'applicabilité de l'article 1165	11
a) La théorie classique	12
b) La thèse unitaire avec ses deux variantes	17
a) La conception personnaliste. Critique	18
b) La conception patrimonialiste. Critique	27
c) Opinion jurisprudentielle. Critique	36
d) Conclusion	41
Chapitre III. — La notion de tiers de l'article 1165	43
a) Le mot tiers est une notion obscure et mal définie	43
b) Sont tiers : les personnes complètement étrangères à la conclusion d'une convention, <i>les penitus extranei</i>	48
Les personnes qui, quoique étrangères se trouvent dans certains rapports avec l'une des parties contractantes, ce sont les ayants cause à titre particulier	48
c) Inapplicabilité de l'article 1122 aux ayants cause à titre particulier	50
d) L'ayant cause considéré comme tiers. Ses qualités qui le caractérisent de la sorte	55
e) Les personnes que le terme ayant cause particulier soit à représenter	60
Chapitre IV. — La véritable signification des expressions « ne nuisent et ne profitent pas »	66
a) Méthode d'interprétation	66
b) Le sens de termes <i>nec nocere, nec prodesse potest</i>	70
α) En droit romain	70
β) En droit ancien français	72

γ) La traduction des propositions : « n'ont d'effet, ne nuit et ne profite pas » à l'époque de 1804	78
a) La première « n'ont d'effet » se réfère comme en droit romain et dans l'ancien droit français, à l'effet juridique qu'une convention peut produire	79
b) La deuxième « ne nuit et ne profite » signifie qu'un rapport contractuel ne peut produire un avantage ou désavantage à l'égard d'une personne qui n'est pas partie à sa formation	79-80
Confirmation de cette interprétation par la jurisprudence enviro- nnonnant la date de 1804	81
c) Justification de cette conception étroite égoïste par l'esprit dominant lors de la codification : l'individualisme révolution- naire et la toute-puissance autonome de la volonté	82

DEUXIEME PARTIE

**CONSIDERATIONS GENERALES SUR L'ETAT D'ESPRIT DE 1804 ET
SUR LE BIEN FONDE DE L'INTERPRETATION QU'ON A DONNE
A LA REGLE « RES INTER ALIOS ACTA ».**

Chapitre premier. — Les conséquences défavorables : La règle a dû
supporter un nombre considérable d'exceptions, qui lui ont été
apportées

a) Dans le Code lui-même	86
b) Par les dispositions législatives et postérieures	86
c) Par la jurisprudence	89

Chapitre II. — Les dérogations les plus manifestes à la lettre et à l'es-
prit de l'article 1165, comme à la négation et à la méconnaissance du
principe individualiste et de l'autonomie de la volonté, ont été appor-
tées par la jurisprudence dans les matières peu claires et ambiguës.
**En matière d'enrichissement sans cause. — Origine jurisprudentielle
de l'institution. Son évolution.**

a) Refus par la jurisprudence d'admettre l'action de <i>in rem verso</i>	95
b) Assimilation de l' <i>in rem versum</i> avec la gestion d'affaire	100
c) La reconnaissance de l' <i>in rem versum</i> comme une source indé- pendante d'obligation	105
d) Son domaine d'application, ses conditions d'exercice	105
β) L'admissibilité de l'action de <i>in rem verso</i> dans le cas où l'enrichissement se produit par l'intermédiaire d'un tiers. Controverse jurisprudentielle sur l'admission de l'action de <i>in rem verso</i> , dans cette dernière hypothèse	106
Système conciliant proposé par MM. Ripert et Teisseire : cri- tique de ce système	108
f) Refus de l'action de <i>in rem verso</i> , quand l'enrichissement a une cause; la notion de « causa »	114
Cause, acte instrumentaire, opinion de MM. Colin et Capitant ..	115
Cause, contre partie, soutenue par M. Rouast, critique	115

Conclusion.

Chapitre III. — Le remploi sous le régime dotal et l'obligation de surveiller son accomplissement	126
a) La raison de cette obligation à l'égard des tiers.....	127
b) Personnes sur lesquelles pèse cette charge.....	128
a) Les tiers qui comprennent : le mari, le tiers acquéreur, sous-acquéreurs et l'expropriant pour cause d'utilité publique tiers détenteur de valeurs dotales, etc.....	129
b) Un certain nombre de fonctionnaires comme : l'agent de change et leurs mandataires, les notaires et les conservateurs d'hypothèques	133
c) La sphère de cette responsabilité.....	138
d) La nature juridique de l'obligation de surveiller le remploi. Systèmes explicatifs. En ce qui concerne les tiers : a) une obligation contractuelle, critique; b) l'application de l'article 1239-1241 C. civ., critique; c) une conséquence du contrat de mariage; d) une suite de l'inaliénabilité, critique	143
En ce qui concerne les fonctionnaires, on soutient que c'est une obligation professionnelle, critique.....	145
c) Conclusion	151
La condition de remploi, imposée dans un testament. Sa validité et son effet absolu	152
Chapitre IV. — Action directe.....	156
A. La conciliation de l'action directe avec la lettre et l'esprit de l'article 1165.....	156
B) Le rapport direct entre le bailleur et le cessionnaire. Justification doctrinale de ce lien direct : Par la substitution, le cessionnaire prend la place du preneur originaire. Critique....	157
b. Stipulation pour autrui. Critique	158
b) <i>Quid</i> , dans le cas de plusieurs cessions ?	159
C. La relation du bailleur et du sous locataire; admission par la jurisprudence d'une action personnelle. Système justificatifs....	161
a) Article 1753 critique.....	162
b) Le principe de la représentation, critique.....	164
c) L'occupation, critique.....	165
Opinion contraire à l'idée d'action directe : L'interprétation fournie par MM. Laurent et Planiol. Privilège. Critique	166
Opinion de M. Labbé. Créance privilégiée. Critique.....	167
Système de M. Solus. Enrichissement injuste. Critique.....	168
D. Le rapport du sous-locataire avec le propriétaire.....	172
a) Refus, par la jurisprudence, de l'admission d'une action personnelle et directe.....	172
b) Quelques exceptions, en ce qui concerne le droit à la prorogation des baux.	173
Sphère de cette action directe. Elle n'est pas limitée au paiement du loyer.....	176
Confirmation de cette interprétation extensive en matière d'incendie où on invoque l'application de l'article 1733.....	176 177

B. Action directe que les ouvriers employés à la construction d'un bâtiment peuvent exercer contre le maître pour lequel les ouvrages ont été faits, et pour les sommes que ce dernier doit à l'entrepreneur.....	180
Systèmes explicatifs.....	181
a) Privilège : ressemblance de l'article 1798 avec l'article 2101, 4 ^e alinéa, rapprochement de cette situation avec celle réglementée par le décret du 26 pluviôse an II. Critique : pas de privilège sans texte.....	181
b) Une action directe, indépendamment de l'action oblique, accordée en vertu des termes de l'article 1798. C'est l'opinion de la jurisprudence. Critique	184
Les conséquences qui se rattachent à cette dernière opinion.....	186
L'action directe n'est pas accordée à tous les créanciers, mais seulement aux ouvriers proprement dits. Elle est refusée aux sous-traitants, fournisseurs, aux employés, etc.....	186
La faillite de l'entrepreneur ne met pas obstacle à l'exercice de l'action directe.....	189
La compensation d'une créance éventuelle du maître envers l'entrepreneur, est sans efficacité.....	190
Elle est irrecevable dans le cas où l'entrepreneur a cédé sa créance antérieurement et de bonne foi.....	190
Conclusion.....	193
F. La situation juridique du mandant en face du mandataire substitué. On soutient l'existence d'un rapport direct.....	194
Systèmes justificatifs :	
a) L'article 1994. Critique.....	194
b) Interprétation de la volonté des parties. — Dans le cas où la substitution est accordée par le contrat de mandat lui-même, le mandat comme le sous-mandataire, sont considérés comme ayant traité directement.....	194
Au cas où le contrat de mandat reste muet sur l'autorisation de substitution, le mandant est censé avoir indirectement approuvé l'opération exécutée. Il y a une manifestation tacite de volonté. Critique	196
Le substitué a-t-il un droit direct contre le mandant ?.....	200
Opinion doctrinale affirmative basée sur des considérations d'équité.....	201
Confirmation de cette opinion par un arrêt jurisprudentiel.....	201
Conclusion	202
G. Action directe en matière d'assurance. Il y a deux cas où la jurisprudence soutient cette action personnelle et directe.....	202
a) Dans le rapport entre l'assureur et le tiers auteur du sinistre, dans le domaine d'assurance terrestre.....	203
Fondement juridique : l'article 1382.....	203
La réglementation légale de cette situation par la loi du 13 juillet 1930, article 36.....	205
b) Le droit pour la victime, d'agir <i>nomine et jure proprio</i> , par une action en indemnité, contre l'assureur de l'auteur responsable. Explication de ce droit direct.....	208
a) Source légale. Loi du 28 mai 1913 et l'article 2102.....	208
Critique. Confusion du privilège avec l'action directe.....	208

b) Stipulation pour autrui. Critique.....	208-209
Conclusion.	211
Chapitre V. — Effet du relèvement du tarif, par une compagnie concessionnaire du gaz et d'électricité, à l'égard des abonnés.	213
A. Conception doctrinale. Opinion jurisprudentielle. Un changement du tarif a un effet obligatoire, même pour les abonnés ..	215
B. Systèmes justificatifs.....	220
a) Droit public. Explication est fournie par la structure du cahier des charges et par la nature juridique du tarif.....	220
Le tarif a une double structure :	
A l'égard du concessionnaire il est de nature contractuelle.....	230
A l'égard du grand public, c'est un acte de puissance publique, une véritable loi, rendue ainsi par l'homologation. Critique...	232
t) Système du droit privé.....	241
Stipulation pour autrui. L'autorité concédante, en traitant avec une compagnie de la concession d'un service public, est censée avoir stipulé dans l'intérêt général de la population. Critique..	242
Contrat d'adhésion. Critique.....	246
Conclusion. La situation de l'abonné doit être régie par les dispositions du droit commun, par les articles 1134 et 1165.....	255
Effet de l'augmentation du tarif dans le transport public, à l'égard d'une personne abonnée munie d'un carnet de billets.....	258
La délivrance, comme l'achat d'un carnet de tickets, constitue-t-elle ou non la conclusion d'un contrat ?.....	261
Il y a deux opinions :	
a) Conception négative. La délivrance d'un billet, c'est une mesure d'ordre intérieur. C'est l'opinion jurisprudentielle.....	262
b) Une autre opinion, soutenue par MM. Lyon-Caen, Roger, par certaines dispositions légales et par un certain nombre d'arrêts considère que l'achat d'un billet de transport, fait naître le contrat.....	263
Conclusion.....	265
Chapitre VI. — La situation d'un ayant cause particulier, à l'égard de l'effet actif et passif, d'une convention conclue par son auteur avec d'autres personnes	267
A. Une convention nuit et profite à l'ayant cause à titre particulier, quand le droit et l'obligation qui en résultent, ont augmenté, amoindri ou transformé le droit auquel l'ayant cause succède	267
Justification juridique	274-275
Les accessoires, comme les privilèges et les hypothèques etc, passent conformément à la règle : <i>Accessorium sequitur suum principale</i>	275
Les autres droits réels, se transmettent d'après le brocard : <i>Nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet</i>	275
B. <i>Quid</i> , dans le cas où les droits et les obligations résultantes, ne sont pas inhérents au droit transféré.....	276

Du côté actif.....	276
a) Conception doctrinale :	
a) Négative, contre l'idée de transmission.....	277
b) Conception moyenne : Il faut faire une distinction entre les promesses et les stipulations. Les premières ne se transmettent pas tandis que les deuxièmes se transmettent.....	277
b) Opinion jurisprudentielle, favorable au principe de transmissibilité du droit.....	278
Cas où elle a statué :	
En matière de vente de fonds de commerce, concernant « l'interdiction de se rétablir ».....	278
Justification :	
a) Article 1122, critique.....	281
b) Article 1615, critique.....	282
c) Charge réelle.....	284
En matière d'assurances terrestres, il y a trois étapes :	
a) Première période, la jurisprudence admet la transmission du droit. Le contrat d'assurance est considéré conclu « <i>intuitu rei</i> ».....	289
b) Deuxième période, la non transmissibilité est affirmée. Le contrat est caractérisé « <i>intuitu personae</i> ».....	291
c) Troisième période. L'adoption du principe de transfert du droit. C'est l'adoption de l'ancienne opinion que l'assurance est une convention « <i>intuitu rei</i> ».....	295
d) Réglementation légale par la loi du 13 juillet 1930.....	295
En matière de transport de marchandises :	
Opinion doctrinale favorable.....	298
Opinion jurisprudentielle défavorable.....	299
En matière de transport de voyageurs. En cas d'accident.....	302
Conception doctrinale et jurisprudentielle favorable, basées sur :	
a) Article 1121, critique.....	305
b) Article 1122, critique.....	306
Du côté passif.....	306
a) La doctrine se prononce contre la possibilité d'un transfert des obligations.....	307
b) La jurisprudence présente deux attitudes contradictoires, qui peuvent se diviser en deux périodes :	
Première période, l'ancienne opinion confirme la conception doctrinale.....	307
Deuxième période, la jurisprudence nous enseigne que l'ayant cause devient obligé.....	311
Cas d'application :	
En matière de mine. Considérations juridiques : article 1122, critique.....	311-312
En matière de cession de fonds de commerce, à l'égard de la clause « interdisant de se rétablir ».....	313
Systèmes explicatifs.....	314

a) Article 1122, critique.....	314
b) L'idée que l'obligation prise est devenue une charge réelle, un droit réel mobilier. Critique.....	314
Conclusion.....	320
Conclusion générale.....	323
